

مشروع
تقنين الشريعة الإسلامية
على مذهب

الإمام الأعظم أبي حنيفة (رضي الله عنه)

إعداد

اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية

بإشراف

مجمع البحوث الإسلامية

الطبعة التمهيدية

١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م

مشروع
تقنين الشريعة الإسلامية
على مذهب

الإمام الأعظم أبي حنيفة (رضي الله عنه)

إعداد

اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية

بإشراف

مجمع البحوث الإسلامية

الطبعة التمهيدية

١٣٩٤ هـ - ١٩٧٤ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الأمانة العامة لمجمع البحوث الإسلامية

بقلم

فضيلة الدكتور محمد عبد الرحمن بريسار

الأمين العام للمجمع

يسر الأمانة العامة لمجمع البحوث الإسلامية أن تقدم هذه الطبعة التمهيدية من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة (رضي الله عنه)

ومجمع البحوث الإسلامية إذ يقدم هذه الطبعة كخطوة على الطريق في سبيل الوصول إلى إبراز الشريعة الإسلامية في صورتها الأصلية ، سهلة التناول ، صالحة للتطبيق في هذا العصر ، يجد فيها المسؤولون عن التشريع والقضاء في البلاد الإسلامية المختلفة غنية عن اللجوء إلى التشريعات والقوانين الوضعية ، وهم بصدد إرساء دعائم مجتمعاتهم ، على أسس من الحق والأصالة والعقيدة الصحيحة ...

يود أن يعرب عن تقديره لما تنطوى عليه هذه المهمة من دقة وجلال ، سواء من الناحية العلمية البحتة ، أو من الجانب الاجتماعي والتاريخي الذي تمر به الشعوب الإسلامية في هذا العصر ...

لذلك فإنه إذ يقدم هذه الطبعة التمهيدية كمشروع تحضيرى ، يؤكد أن الذين قاموا بإعدادها هم نخبة من كبار علماء الشريعة

الإسلامية بالأزهر ، وكبار رجال القانون ، ذوى الحرص الشديد على أن تأخذ الشريعة الإسلامية مكانتها الجديرة بها في حياتنا التشريعية والقانونية ، وأنهم قد بذلوا من الجهد وممايزالون يبذلون الكثير المحمود ، من أجل الخروج بهذا المشروع الى حياتنا العامة ، ليكون دليلا عمليا على صلاحية الشريعة الإسلامية للتطبيق في كل زمان ومكان ، ووثيقة يستعين بها المشرعون والمسئولون في البلاد الإسلامية على تنفيذ ما جاء في دساتيرهم من أن تكون الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا للقانون .

كما يؤكد أن البحث مايزال جاريا للوصول بهذا المشروع الى درجة الكمال أو مايقرب منه ، ولذا فإن المجمع يتقبل بكل ترحيب مايلديه المتخصصون من اسهام بالرأى ، على أية صورة من صور هذا الاسهام ، وأن ذلك كله سوف يكون موضع الدرس المستفيض والبحث الدقيق ، والعناية الكاملة من أعضاء اللجنة العامة لتقنين الشريعة الإسلامية ، التى تقرر تأليفها من بين أعضاء مجمع البحوث الإسلامية ، ومن ينضم اليهم ، ممن ترى الاستعانة بخبرتهم .

ولقد كان مما يثير العجب ، ويدعو للدهشة ، ويحز في نفس كل مسلم غيور ، أن تلجأ الأمة الإسلامية ، وتستعين في أحكامها بقانون وضعى من وضع البشر ، ولو أن واضعه كان ينتمى الى امتنا الإسلامية لهان الأمر ، لأنه لا محالة كان يلجأ الى دستورها الإسلامية ليستنبط منه مواد ذلك القانون ، ولكن الحقيقة أن واضعه لا ينتمى للأمة الإسلامية ، ولا يدين بدينها .

وقد يظن البعض أو يعتقد أن الشريعة الإسلامية لا تفى بحاجيات العصر الذى ظهرت فيه معاملات جديدة لم تكن موجودة في العصر الإسلامى الأول . والواقع أن هؤلاء في ظنهم مخطئون وعن

تاريخ أمتهم الإسلامية غافلون ، فلو تتبعوا تاريخ هذه الأمة على مر العصور والأزمان من عصر الاسلام الأول الى أن تغفل الاسلام في بلاد الفرس والروم ، وبعض بلاد أوريا لتبين لهم كيف كانت تحكم هذه البلاد بهذا الدين الاسلامي الخفيف .

لقد خاضت الشريعة الإسلامية ميدان التجربة بنجاح مئات السنين في ظروف متفاوتة متباينة وتجارب شديدة وخرجت ظافرة بعد أن تفوقت في مختلف الأجواء والعصور والتقلبات . فمن المؤكد الذي لا مرأى فيه أن نظام الاسلام قد عالج بنجاح تام مصالح الدولة الإسلامية في أوج توسعاتها مئات السنين ، وأقامت الشريعة صرح نظام ومؤسسات تجارية وبحرية ومصرفية ، ومصالح ثقافية وعمرانية واجتماعية متينة البنيان ولا يكون ذلك بطبيعة الحال - الا لمئات اصولها وأحكام أسسها ، فان الشريعة الإسلامية التي ظهرت في مجتمع بدائي منحصر في صحراء الجزيرة ، قد واجهت بكل كفاية وثبات احتياجات سكان الامبراطوريتين الفارسية والرومانية الشرقية ، وأثبتت علوها وتفوقها على نظمهم القديمة ، عندما زادت بها المعاملات رقيا والحضارة تقدما وازدهارا ثم ان هذه الشريعة حكمت التجارة البحرية المزدهرة بين الشرق وجمهوريات ايطاليا عبر البحار، ووضعت أسس القانونين التجارى والبحرى الحديث ، واستوفت احتياجات الحضارة الزراعية، والصناعية، والتجارية ، في بلاد الاسلام المختلفة . ولا نجد في أنواع المعاملات الحديثة والاحتياجات المعاصرة ما يمكن أن يند عن اصول الشرع ، الا أن يكون مستهجننا في ذاته غير موافق للمثل الفاضلة وغير مرغوب في اقراره ، فعند ذلك يجدر علاجه بدواء الشرع وتخليص المجتمع من شره ووباله .

ونظرة سريعة الى الاسس التي تقوم عليها النظم التشريعية الأخرى ، نجد أنها لا تدعو الى القدر الكافي لتدعيم الثقة بها . فمثلا

النظم الرأسمالية تقوم على أساس من النظريات الفردية ، التي جعلت أساس الحياة هو المنفعة الفردية وسعى كل انسان الى بلوغ منفعته، وفي ظل هذه النظريات انقطعت صلة التعامل بالضمير، وصار الاستغلال مشروعا للقوى مغلولة وأدى ذلك الى تحكم رأس المال في الضعفاء . أما النظم الجماعية المتطرفة - فقد أدت الى تسخير الفرد لصالح الجماعة تسخيرا تاما وأسقطت من حساباتها الكفاية والكيان الفردى ، والنوازع الشخصية ، وجعلت الانسان ترسا في آلة كبيرة يفنى فيها ، وأدى ذلك الى تبيد الثقة والطمأنينة كلية من جو التعامل وصبغه بصبغة القلق والخوف وعدم الاستقرار .

لهذا لم يكن بدعا أن يوافق مجلس المجمع في جلسته رقم ٢٧ في ١٩٦٧/٣/٨ على أن من مهمة المجمع العمل على ايجاد مشروع قانون شامل للأحوال المدنية والجنايئة وغيرها اذا ما تقرر في الدستور اتخاذ الشريعة الاسلامية أساسا للتقنين .

ثم أوصى المؤتمر الرابع للمجمع المنعقد في ١٩٦٨/٩/٢٧ بما يأتي .

« يوصى المؤتمر بجمع البحوث الاسلامية بتأليف لجنة من رجال الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، لتتظلع بوضع الدراسات ومشروعات القوانين التي تيسر على المسؤولين في البلاد الاسلامية الأخذ بأحكام الشريعة الاسلامية في قوانين بلادها كقوانين العقوبات والقانون التجارى ، والقانون البحرى وغيرها » .

كما وافق مجلس المجمع بجلسته رقم ٦٢ في ١٩٧٠/١/٧ على الخطة المرحلية لأعمال لجان المجمع ومن بينها « تقنين الشريعة الاسلامية » الوارد في خطة لجنة البحوث الفقهية كما اقترحتها بجلستها رقم ٢٠ بتاريخ ١١ أكتوبر ١٩٦٩ .

وقد عقدت لجنة البحوث الفقهية عدة اجتماعات وضعت فيها خطة العمل في مشروع التقنين .

وقد استقر الرأي على السير في هذا المشروع على النحو التالي:

١ - تقنين المذاهب الفقهية التي يعمل بها في البلاد الإسلامية ويبدأ في المرحلة الحائية بتقنين المذاهب الأربعة : الحنفية - الشافعية - المالكية - الحنابلة . ويقنن كل مذهب على حدة وتصاغ احكامه في مواد على أن يصاغ من كل مذهب الرأي الراجح فيه وعلى أن تلحق كل مادة بمذكرة تفسيرية تذكر فيها الآراء الأخرى ، كما يذكر فيها الرأي الذي يرى أنه الأنسب للتطبيق في العصر الحاضر .

٢ - بعد الفراغ من تقنين كل مذهب على حدة ، يبدأ العمل في وضع قانون مختار من بين المذاهب جميعا ، وبذلك يمكن للمجتمع أن يقدم لكل بيئة من البيئات الإسلامية التي ترتبط بمذهب معين قانونا اسلاميا يصور ذلك المذهب في أمانة كما يمكنه أن يقدم قانونا اسلاميا مختارا من بين المذاهب المعمول بها يفي باحتياجات البيئات التي تطلبه .

وجاهات النظر حول منهج السير في تقنين الشريعة الإسلامية :

♦ تستخلص وجهات النظر التي تنور حول هذا الموضوع وأسانيد كل منها والاعتراضات التي وجهتا اليها ، ومن محاضر ومناقشات اللجان الأساسية والفرعية على الوجه التالي :

١ - وجهة نظر ترى أن يكفي بمراجعة القانون الوضعي لاقرار مالا يكون مختلفا مع الشريعة الإسلامية ، وتعديل ما يكون مخالفا ، وإضافة مالا يكون مدرجا بهذا القانون وله حكم في الشريعة .
♦ وتستند وجهة النظر هذه الى ما يأتي :
(أ) أن هذا النهج يحقق السرعة المطلوبة .

(ب) أن كثيراً من القوانين الوضعية مقتبس من الشريعة الإسلامية وتتنحصر أوجه الخلاف في مواضع محددة •

وتعارض وجهة النظر هذه بما يأتي :

(أ) ان مصطلحات القانون الوضعي تختلف في معانيها عن مصطلحات الشريعة الإسلامية وان اتفقت معها في ألفاظها في بعض الأحيان •

(ب) ان القانون الوضعي - كأي قانون آخر - صادر عن عرف خاص ، وبيئة خاصة ، وفلسفة خاصة ، تختلف كثيراً أو قليلاً عن الروح الإسلامية - ومن ثم فان اقرار ما يبدو منه في ظاهره متفقاً مع الشريعة الإسلامية يجر حتما اقراراً للروح الغربية التي صدر عنها القانون الوضعي •

والى ذلك كانت اشارة فضيلة الشيخ يس سويلم في جلسة لجنة البحوث الفقهية التاسعة عشرة بقوله « نريد تقديم قانون روحه وجسمه اسلامي » •

مثال ذلك أن مراجعة بعض مواد القانون الجنائي قد تسفر - حسب هذا المنهج عن اتفاقها مع ما يقتضيه مبدأ التعزير في الاسلام من سعة ومرونة - لكنه اذا نظر الى أن هذا القانون الوضعي يعبر عن قيم أخلاقية معينة سادت في المجتمع الغربي في عصر من العصور وأن مبدأ التعزير في الاسلام ينبغي أن يكون مرتبطاً بالقيم الأخلاقية الخاصة بالمجتمع الاسلامي ونظرة الاسلام الى الثواب والعقاب فانه يصبح من الواجب تجنب القانون الجنائي الوضعي ، والاتجاه الى صياغته من واقع الشريعة الإسلامية والفقه الاسلامي ، على هدى قيم الاسلام ومثله العليا ...

(ج) ان هذا الاتجاه يختلف مع ما قرره مؤتمر المجمع ومجلسه

ولجنة البحوث الفقهية حيث تقرر « تقنين الشريعة الإسلامية »
لامراجعة القانون الوضعي .

٢ - وجهة نظر ترى : أن تقنين الشريعة الإسلامية أساسا
على أن ترتب - من مبدأ الأمر - وفقا لترتيب القانون الوضعي
وأبوابه .

وتستند وجهة النظر هذه الى أن هذا الاتجاه هو الذي
يحقق سهولة تطبيق الشريعة في العصر الحديث ، وسرعة انجاز
المطلوب .

وتعارض وجهة النظر هذه بما عورضت به وجهة النظر الأولى
من اختلاف المصطلحات بين الجانبين ومن صدور كل منهما عن
فلسفة خاصة .

مثال ذلك : أن القانون الوضعي وقد جمع أنواع العقود
المختلفة تحت باب واحد كان متاثرا بنظريته في العقد واطلاق
ارادة المتعاقدين بينما الشريعة الإسلامية لا تذهب هذا المذهب .

على أن الذين يسوقون هذه المعارضة لا يستبعدون امكان
التقريب بين الترتيب الذي يؤخذ به هنا والترتيب الذي يؤخذ به
هناك وذلك في مرحلة ثانية من مراحل العمل ، بعد أن تصاغ المواد
من الشريعة الإسلامية مباشرة فتتوفر لها الروح الإسلامية
الخالصة .

٣ - وجهة نظر ترى أن تقنين الشريعة الإسلامية من مبدأ
الأمر في قانون موحد مختار من المذاهب الفقهية الإسلامية .

وتعارضها وجهة نظر أخرى ترى : أن تقنين أولا المذاهب
الفقهية الإسلامية المختلفة، كل منها على حدة، ثم ينظر - ثانيا - في وضع
القانون الموحد المختار .

وتستند وجهة النظر الأولى الى :

(أ) أن ذلك يحقق السرعة المطلوبة .

(ب) انه يحقق الوحدة الاسلامية المرجوة وابتعد بالمسلمين عن اثارة الخلافات المذهبية .

(ج) أن المذاهب الفقهية الاسلامية تكاد تكون مقننة في

متونها القديمة ولا يحتاج اظهارها في صورة مواد قانونية الا الى فصل عباراتها بعضها عن بعض ، ووضع ارقام لكل منها على انها مادة مستقلة .

وتستند وجهة النظر الثانية الى :

(أ) أن السرعة يمكن تعويضها بمزيد من الجهد وموالة العمل .

(ب) أن اختلاف المذاهب واقع لا يمكن تجاهله ، كما لا يمكن تجاوزه والوحدة الاسلامية لا تتأثر بوجود هذه المذاهب المستندة الى الكتاب والسنة بمقدار ماتتأثر بالتعصب الأعمى لبعضها .

(ج) ان وضع القانون الموحد المختار لابد أن يسبق عمليا- بتحضير مواده من المذاهب المختلفة ، ليجرى بعد ذلك الترجيح بينها والاختيار منها ومن هنا كان من اللازم تحضير هذه المواد من المذاهب أولا : فكانت الدعوة الى اغفال تقنين المذاهب دعوة الى اهدار جهد يتم بالضرورة وكانت الدعوة الى تقنينها قبل البدء في وضع القانون الموحد المختار دعوة الى الاحتفاظ بهذا الجهد وتنظيمه ، وتقديمه للبلاد التي تطلبه أو تقديمه للعاملين في وضع القانون الموحد المختار كمادة للبحث .

(د) أن عبارات المتون بعيدة الى حد كبير عن الوفاء باغراض التقنين ولا يصح القول انها تتحول الى مواد قانونية لمجرد فصلها وترقيمها وذلك للأسباب الآتية :

١ - أن عبارات المتون غامضة أو مختصرة الى حد ، صارت به سببا في اختلاف الشراح وأصحاب الحواشي فلا تصلح أن تكون مادة قانونية قبل توضيحها ، وتجلية غموضها .

٢ - أن المتون قد تجمع بين الآراء الراجح منها وغير الراجح والتقنين يأخذ بما يتبين رجحانه .

٣ - أن المتون قد تجرى على أقوال رجح الشارح خلافها والتقنين يأخذ بقول الشارح في بعض الأحيان بل قد يأخذ بما جاء في الحواشي والتقارير .

٤ - ان أحكام المتون غالبها جزئي والتقنين جعلها قواعد كلية يمكن تطبيقها على كثير من الجزئيات .

٥ - أن المتون تشتمل على أحكام تعبدية لا تعرض عادة على التقاضي فلا يصح ذكرها في مواد القانون .

٦ - أن المتون كغيرها من أساليب الكلام الانساني ، تخضع لحكم البيئة والزمن، فمن ثم كان النظر اليها على انها وصلت الى حد الكمال وصارت تستحق الخلود لايتفق مع طبيعتها وكان لابد من أسلوب صياغة جديد لكل زمن جديد : تراعى فيه احتياجاته من حيث الإيجاز والاطناب والاجمال والتفصيل والشرح والتمثيل والتقديم والتأخير ، وغير ذلك من أساليب الكلام وابوابه .

٧ - عملية التقنين لا تقتصر على صياغة المواد وانما تتعداها الى وضع ماتقتضيه من شرح أو مذكرة تفسيرية .

واخيرا : فلقد سار العمل في لجان التقنين وفقا لوجهة النظر التي ذهبت الى تقنين المذاهب الفقهية كل على حدة بعيدا عن التأثير بروح القانون الوضعي ونظرياته كمرحلة أولى تتلوها مراحل التقريب والاختيار .

والمجمع في المرحلة الراهنة بصدد استكمال خطوات هذا
المشروع ، ووضع القانون الموحد من بين أحكام المذاهب ، وقد
ألفت اللجنة المسئولة عن ذلك وبأشرت مهمتها ، ونرجو أن تفرغ
منه في وقت يناسب أهمية هذا العمل ، كما يناسب الحاجة الملحة
إلى إصداره في أقرب فرصة .

والله الموفق ؟

محمد عبد الرحمن بشار

مشروع تقنين أحكام المعاملات

على مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة (رضي الله عنه)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على خاتم المرسلين ،
سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ، ومن دعا بدعوته ، واهتدى بهديه ،
وسار على نهجه الى يوم الدين .

وبعد ..

قتلبية لرغبة الشعوب الاسلامية في جعل الشريعة الاسلامية
دستورا لبلادها ، وقانونا تحتكم إليه .

واستجابة لتشوق هذه الشعوب ، في أن تنهج نهج السلف
الصالح ، من العصر الاسلامي الأول ، لتزف راية العدل والسلام
والعلمانية عليها .

ونشيا مع ما أوصى به مؤتمر مجمع البحوث الاسلامية في دورته
الرابعة ، من وضع الدراسات ومشروعات القوانين ، التي تيسر
على المسئولين في البلاد الاسلامية ، الأخذ بأحكام الشريعة الاسلامية ،
في قوانين بلادها .

قمنا بأعداد مشروع تقنين المعاملات ، على مذهب الامام الأعظم
أبي حنيفة النعمان - رضي الله عنه - متوخين في ذلك الرأي
الراجح غالباً ، والأخذ ببعض الآراء التي تيسر على الناس في
معاملاتهم ، مع الإشارة بقدر الإمكان إلى غير ذلك من الآراء في شرح
المادة .

ساهمنا بهذا الجهد المتواضع ، في أداء الواجب الذي يفرضه
علينا ديننا راجين المولى - جل شأنه - أن يجعل هذه المشروع نواة

لاستنباط قانون عامل شامل ، يحقق الرغبة ، ويأخذ بيد المسلمين ،
ليعودوا إلى ماضيهم المجيد ، ويعيشوا في أمن وسلام •

وأملنا كبير أن نكون قد وفقنا في تحقيق بعض ما يصبو إليه
المجتمع الاسلامي ، سائلين المولى - جل وعلا - أن يجعله خالصا
لوجهه الكريم ، وأن يهدينا سواء السبيل •

اللجنة

أعضاء اللجان الذين اشتركوا في إعداد

مشروع التقنين

۱ - اللجنة الأولى } فضيلة الأستاذ الشيخ محمد علواني سامون
السيد الأستاذ المستشار محمد عبد المنعم ناصف
فضيلة الأستاذ الشيخ محمد عبده البحري

۲ - اللجنة الثانية : } فضيلة الأستاذ الشيخ محمد عبد الرحيم الكشكى
السيد الأستاذ المستشار أحمد سعيد ثابت
فضيلة الأستاذ الشيخ فهمي عبد اللاه سيد علي
فضيلة الأستاذ الشيخ عبد التواب عبد التواب باظة

۳ - اللجنة الثالثة : } فضيلة الأستاذ الدكتور حسن الشاذلي
السيد الأستاذ المستشار محمد محمود علام
فضيلة الأستاذ الشيخ سليمان عطا

واشترك في بعض مراحل العمل ، وانقطع لظروف خاصة :

فضيلة الأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور
فضيلة الأستاذ الشيخ عبد المقصود شلتوت
السيد الأستاذ الدكتور مصطفى كمال وصفي
فضيلة الأستاذ الشيخ محمد محمد سند

المراجع التي اعتمدت عليها اللجنة

- ١ - حاشية ابن عابدين على الدر المختار شرح تنوير الأبصار
ج٤ الطبعة الثالثة « المطبعة الكبرى الأميرية » ببولاق
مصر المحمية سنة ١٣٢٥هـ
- ٢ - فتح القدير على الهداية
ج٥ الطبعة الأولى « المطبعة الكبرى الأميرية » ببولاق
مصر المحمية سنة ١٣١٦هـ
- ٣ - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع
ج٥ الطبعة الأولى « مطبعة الجمالية » بحارة الروم
سنة ١٣٢٨هـ
- ٤ - الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى
« مطبعة وادى النيل المصرية »
سنة ١٢٩٨هـ
- ٥ - مرآة المجلة « شرح مجلة القوانين الشرعية والأحكام العدلية
(يوسف آصاف)
ج١ المطبعة العمومية بمصر
سنة ١٢٨٩هـ

القواعد العامة

١ - الأمور بمقاصدها.

المذكرة الإيضاحية

معنى هذه القاعدة أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر ، فلو رمى إنسان سهماً قاصداً صيداً فأصاب إنساناً فقتله لا يقتل به ، وذكر قاضيخان في فتاواه : أن يبيع العصير بمن يتخذه خمرأً إن قصد به التجارة ، فلا يحرم ، وإن قصد به لأجل التخمير حرم ، وكذا غرس الكرم على هذا (١) .

٢ - العبرة في المقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

المذكرة الإيضاحية

تنضج هذه القاعدة في أنه لا فرق بين بيع الوفاء وبين الرهن

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ١٢ ومرتبة المجلة ج ١ ص ٨١٧ .
(يوسف آصاف) طبع المطبعة العمومية بمصر سنة ١٨٩٤ م .

فى حكم من الأحكام ، فإن المتعاقدين وإن ميا ببعاً لكن غرضهما الاستيثاق بالدين إذ العاقدان يقول كل واحد بعد هذا العقد ، رهنـت ملكى فلاناً والمـشترى يقول ارتهنـت ملك فلان والعبرة فى التصرفات للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمباني (جامع الفتاوى فى بيع الوفاء^(١)) .

* * *

٣ - اليقين لا يزول بالشك .

المذكـرة الإيضاحية

يعنى لو كان لإنسان على آخر دين يـيقين ، وشك فى وفائه لا يسقط^(٢) .

* * *

٤ - المشقة تجلب التيسير .

المذكـرة الإيضاحية

يعنى أن الصعوبة تعير سبباً للتسهيل ، ويلزم التوسيع فى وقت

(١) مرآة المجلة (يوسف آصاف) ج ١ ص ٨ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ٢٧ ، ومرآة المجلة (يوسف

آصاف) ج ١ ص ٨ .

الضيق ، وينفرع على هذا الأصل كثير من الأحكام الفقهية كالقرض والحالة والحجر وغير ذلك .

وما جوزه الفقهاء من الرخص والتخفيفات في الأحكام الشرعية مستنبط من هذه القاعدة .

والأصل في هذه القاعدة قوله تعالى : (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) وقوله تعالى : (وما جعل عليكم في الدين من حرج) وقوله — ﷺ — (أحب الدين إلى الله الحنيفة السمحة) (١) .

هـ - الضرر يزال .

المذكرة الإيضاحية

يعنى أنه يجب إعدام الضرر وإزالته ، كقتل الحيوان المضار وأسباب الأمراض والفتن ونحو ذلك من المضار كقطع الطريق والسرقا .

والأصل في هذه القاعدة قوله عليه الصلاة والسلام : (لا ضرر ولا ضرار) .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ٣٧ ، ومرآة المجلة (يوسف آصاف) ج ١ ص ١٤ .

ويبتنى على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه كالرد بعيب وجميع أبواب الخيارات والشفعة^(١) .

٦ - العادة محكمة .

المذكرة الإيضاحية

يعنى أن العادة عامة كانت أو خاصة تجمل حكماً لإثبات حكم شرعى وأصلها قوله — عليه الصلاة والسلام — : (مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) .

وتجرى هذه القاعدة فى إجارة الظئر ، وفيما لانص فيه من الأموال الربوية يعتبر فيه العرف فى كونه كيلياً أو وزنياً ، وتجرى أيضاً فى حلوان المعلم والصانع حيث صار ذلك عادة يجب وفاؤه^(٢) .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٤٢ ، ومرآة المجلة (يوسف آصاف) ج ١ ص ١٦ .
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٤٦ ، ومرآة المجلة (يوسف آصاف) ج ١ ص ٢٢ :

٧ - الاجتهاد لا ينقض بمثله .

المذكّرة الإيضاحيّة

معنى هذه القاعدة : أنه لو رفع لقاض حنبلى حكم قاض شافعى لا ينقضه ، ولو كان مخالفا للمذهب إمامه .

ودليل القاعدة المذكورة الإجماع ، وقد حكم أبو بكر - رضى الله عنه - فى مسائل وخالف عمر - رضى الله عنه - فيها ، ولم ينقض حكمه ، وعلته بانه ليس الاجتهاد الثانى بأقوى من الأول ، وأنه يؤدى إلى ألا يستقر حكم وفيه مشقة شديدة (١) .

* * *

٨ - إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام .

المذكّرة الإيضاحيّة

معنى هذه القاعدة أنه لو كانت فى الشئ جهة حل وجهة حرمة غلبت جهة الحرمة ، كما لو شارك الكلب المعلم غير المعلم ،

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنبلى) ص ٥٣ ، ومرآة المجلة (يوسف آصاف) ج ١ ص ١٣ ، ١٤ .

أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر اسم الله — تعالى عليه — عمداً حرم
أكل صيده كما فى الهداية (١) .

٩ - التابع تابع ولا يفرد بالحكم .

المذكّرة الإيضاحيّة

• معنى القاعدة أنه إذا بيع حيوان فى بطنه جنين يدخل الجنين
فى البيع تبعاً ، ولا يفرد بالحكم بمعنى أنه لا يباع منفرداً (٢) .

١٠ - تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة .

المذكّرة الإيضاحيّة

يتضح معنى القاعدة فى تصريح الفقهاء : أن السلطان لا يصح عفو
من قاتل لاولى له ، إنما له القصاص أو الصلح لأنه نصب ناظراً ،
وليس من النظر للمستحق العفو .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٥٥ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٦٠ ، ومرآة المجلة (يوسف

آصاف) ج ١ ص ٢٨ ، ٢٩ .

وأصل القاعدة : ما أخرجه سعيد بن منصور عن البراء قال : قال عمر رضى الله تعالى عنه : إني أنزلت نفسي من مال الله تعالى بمنزلة ولى اليتيم ، إن احتجت أخذت منه ، فإذا أيسرت رددته ، فلذا استغثت استغثت (١) .

١١ - الحدود تدرأ بالشبهات .

المذكرة الإيضاحية

معنى القاعده أن الحدود لا تقام ، إذا حامت حولها الشبهات ، وهذا ثابت بالحديث الشريف ، فقد روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ، وأخرج ابن ماجه من حديث أبى هريرة رضى الله تعالى عنه « ادوروا الحدود بالشبهات » .

وفى فتح القدير أجمع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات والحديث المروى فى ذلك مقفوق عليه وتلقته الأمة بالقبول (٢) .

-
- (١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٦٢ ، ومرآة المجلة (يوسف آصاف) ج ١ ص ٣٢ .
- (٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٦٤ .

١٢ - إعمال الكلام أولى من إهماله .

المذكرة الإيضاحية

يعنى لا يهمل الكلام ما أمكن حمله على معنى ، كما إذا قال لك
هندي مال يحمل كلامه على أقل ما يسمى مالا ولا يهمل (١) .

١٣ - الخراج بالضمآن .

المذكرة الإيضاحية

يتضح معنى لقاعدة بما رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي
وابن ماجه وابن حبان من حديث عائشة رضى الله عنها ، وفي بعض
طرقه ذكر السبب ، وهو ان رجلا ابتاع عبداً فأقام عنده ماشاء الله
أن يقيم ، ثم وجد به عيباً لهاصمه إلى النبي — صلى الله عليه وسلم — فردّه
عليه ، فقال الرجل يا رسول الله : قد استعمل غلامى فقال : (الخراج
بالضمان) قال أبو عبيد : الخراج في هذا الحديث غلة العبد يشتره

(١) الأنبيه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٦٨ و امرأة المجلة (يوسف

آصاف) ج ١ ص ٣٤

الرجل فيستعمله زماناً ثم يعثر منه على عيب دلّسه للبائع فيرده ويأخذ جميع الثمن ويفوز بغلته كلها لأنه كان في ضمانه ، ولو هلك هلك من ماله (١) .

١٤ - (١) لا ينسب إلى ساكت قول .

(ب) والسكوت في معرض الحاجة بيان .

المذكرة الإيضاحية

يعنى أنه لا يقال لساكت أنه قال كذا لكن السكوت فيما يلزم التكلم به لإقرار وبيان ، وذلك كما إذا رأيت أحدا يتصرف في شيء تصرف المالك بلا إذن منك ، وسكت بلا عذر بعد ذلك لإقرار منك بأنك غير مالك له ، فلو رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينه لم يكن وكيفا بسكوته (٢) .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفي) ص ٧٧ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفي) ص ٧٨ ، ومرآة المجلة (يوسف آصاف) ص ٣٨ .

١٥ - ما حرم أخذه حرم إعطاؤه .

المذكرة الإيضاحية

يتضح معنى القاعدة في التعامل بالربا مثلاً ، فكما لا يجوز للإنسان أكل الربا لا يجوز له دفعه ، وكذلك الرشوة (١) .

١٦ - من استمحل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه .

المذكرة الإيضاحية

تنص القاعدة في حرمان من قتل مورثه من الإرث (٢) .

١٧ - الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة .

المذكرة الإيضاحية

تنص القاعدة في أن القاضي لا يزوج لليتيم واليتيمة إلا عند عدم

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفي) ص ٧٩ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفي) ص ٨٠ .

ولى لهما فى النكاح ، ولو كان القاضى ذارحماً محرم ، وفى أن الإمام لا يملك للعفو (١) .

١٨ — لا عبرة بالظن اليين خطؤه .

المَذْكُورَةُ الْإِيضَاحِيَّةُ

تنضح القاعدة فيما إذا دفع مالا لإنسان ظاناً أنه يلزمه ، مم تبين أنه غير لازم عليه فإنه يسترده ، وذلك كمن دفع للشفيع مالا صلاحاً عن إسقاط شفعته ، فله استرداده ، ولو ظن أنه واجب عليه (٢) .

١٩ — ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله .

المَذْكُورَةُ الْإِيضَاحِيَّةُ

تنضح القاعدة فى العفو عن القصاص ، فإذا عفا عن بعض القاتل

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٨٠

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٨٠ ، ٨١ و امرأة المجلة

(يوسف آصاف) ص ٤١ .

(٣) تقنين الشريعة ج ٤ - ٣٣

كان عفوا عن كله ، وكذا إذا عفا بعض الأولياء سقط القصاص ،
وانقلب نصيب الباقيين مالا (١) .

٢٠ - إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم
إلى المباشر .

المذكرة الإيضاحية

تتضح القاعدة في عدم تضمين من دل سارقا على مال إنسان
فمفرقه .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (الحنفى) ص ٨١ .

الاصطلاحات الفقهية

المتعلقة بباب البيع

- مادة ١ — « الإيجاب أول كلام يصدر من أحد العاقلين ، لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب وينت التصرف » .
- مادة ٢ — « القبول ثانى كلام يصدر من أحد العاقلين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد » .
- مادة ٣ — العقد إلتزام المتعاقدين ، وتعهدهما أمراً ، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول .
- مادة ٤ — الانعقاد : تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره فى متعلقهما .
- مادة ٥ — البيع مبادلة مال بمال ، ويكون منعقداً أو غير منعقد .
- مادة ٦ — البيع المنعقد هو البيع الذى منعقد على الوجه المذكور ، وينقسم إلى : صحيح : وفاسد . ونافذ : وموقوف :
- مادة ٧ — البيع الغير المنعقد هو : البيع الباطل .
- مادة ٨ — البيع الصحيح هو : البيع الجائز وهو البيع المشروع ذاتاً ووصفاً .

- مادة ٩ — البيع الفاسد هو : المشروع أصلاً لا وصفاً .
- مادة ١٠ — البيع الباطل هو : ما لا يكون مشروعاً أصلاً .
- مادة ١١ — البيع الموقوف هو : بيع يتعلق به حق آخر « كبير الفضولى » .
- مادة ١٢ — الفضولى هو : من يتصرف بحق آخر بدون إذن شرعى .
- مادة ١٣ — البيع النافذ هو : بيع لا يتعلق به حق آخر ، وينقسم إلى : لازم ، وغير لازم .
- مادة ١٤ — البيع اللازم هو : البيع النافذ العارى عن الخيارات .
- مادة ١٥ — البيع غير اللازم هو : البيع النافذ الذى فيه أحد الخيارات .
- مادة ١٦ — الخيارات هى : كون أحد العاقدین خيراً .
- مادة ١٧ — البيع البات هو : البيع القطعى .
- مادة ١٨ — بيع الاستغلال هو : بيع المال وفاء على أن يستأجره غير البائع .
- مادة ١٩ — البيع باعتبار المبيع ينقسم إلى أربعة أقسام : بيع المال بالثمن (ويسمى بالبيع المطلق ، لأنه أشهر البيوع) :
المصرف : المقابضة : السلم .
- مادة ٢٠ — المال هو : ما يميل إليه طبع الإنسان ، ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة ، منقولاً كان أو غير منقول .

مادة ٢١ — المال المتقوم هو : يستعمل فى معنيين :

١ — بمعنى ما يباح الاتقاع به .

٢ — بمعنى المال المحرز .

مادة ٢٢ — المنقول هو : الشئ الذى يمكن نقله من محل إلى آخر .

مادة ٢٣ — غير المنقول هو : مالا يمكن نقله من محل إلى آخر .

مادة ٢٤ — النقود : جمع نقد ، وهى عبارة عن الذهب والفضة ، وما قام مقامها .

مادة ٢٥ — العروض : جمع عرض ، وهو ماعدا النقود والسلعة : متاع التجارة .

مادة ٢٦ — المقدرات : ما تتعين مقاديرها بالكيل ، أو الوزن ، أو العدد، أو الذراع، وهى شاملة للمكيلات، والموزونات، والعدديات ، والمذروعات ، ويقال لها المثليات .

مادة ٢٧ — المحدود هو . العقار الذى يمكن تعيين حدوده وأطرافه .

مادة ٢٨ — المشاع : ما يحتوى على حصص شائعة .

مادة ٢٩ — الحصة الشائعة هى : السهم السارى إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك .

مادة ٣٠ — الجنس : مالا يكون بين أفرادة تفاوت فاحش بالنسبة إلى الغرض منه .

مادة ٣١ — الجزاف والمجازفة : بيع مجموع بلا تقدير .

مادة ٣٢ — حق المرور هو : حق المشى فى ملك آخر .

مادة ٣٣ — حق الشرب هو : نصيب معين معلوم من النهر ونحوه .

مادة ٣٤ — حق المسيل : حق جريان الماء ، والسيل ، والتوكاف من دار إلى الخارج .

(التوكاف : رشح ماء المطر من سقف أو نحوه) .

مادة ٣٥ — المثل : ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به .

مادة ٣٦ — القيمي : مالا يوجد له مثل في السوق ، أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة .

مادة ٣٧ — المعديات المتقاربة : المعدودات هي التي لا يكون بين أفرادها وآحدها تفاوت في القيمة . وجميعها من المنليات .

مادة ٣٨ — المعديات المنفاوته هي : التي يكون بين أفرادها وآحدها تفاوت في القيمة ، فجميعها قيميات .

مادة ٣٩ — التأجيل : تعليق الدين وتأخيرہ إلى وقت معين .

مادة ٤٠ — التقسيط : تأجيل أداء الدين مفرقاً إلى أوقات معينة .

مادة ٤١ — الدين : ما يثبت في الذمة .

مادة ٤٢ — المعين : الشيء المعين المشخص .

مادة ٤٣ — الثغير : توصيف المبيع المشتري بغير صفته الحقيقية ، ترغيباً له به .

مادة ٤٤ — الغبن الفاحش : غبن على قدر نصف العشر في العروض ، والعشر في الحيوانات ، والخمس في العقار ، أو زيادة (١) .

(١) مرآة المجلة ١ يوسف آصاف ج ١ ص ٥٥ — ٦٤ .

باب البيع

تعريف البيع :

مادة (١) :

« البيع هو مبادلة مال غير نقدي بمال نقدي على وجه التراضي »^(١).

المذكرة الإيضاحية

البيع في عرف الفقهاء يطلق بمعنى أعم، أى شامل للسلم، والصرف، والمقايضة والبيع المطلق، وهو « مبادلة المال بالمال بالتراضي ».

ويطلق البيع بمعنى أضيق، فلا يشمل إلا البيع المتعارف، وهو البيع المطلق.

وقد جرت العجته في تعريف البيع على الإطلاق الثانى ؛ لأنه هو المتعارف.

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣، ٤، ٥، ٧.

والمبادلة هي التملك (نهر عن الدواية) أى التملك المطلق ،
وتكون بالقول وهو : الإيجاب والقبول ، وبالفعل وهو التعاطي .

والمال ما يبذل إليه الطبع ، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة . والمالية
تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم ، والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع
به شرعاً ، فإباحة بلا تمول لا يكون مالا كحبة حنطة ، وما يتمول
بلا إباحة الانتفاع ، لا يكون متقوماً كالحجر ، وإذا عدم الأمران لم يثبت
واحد منهما كالأدم (ملخصاً عن الكشف الكبير) .

واشترط التراضي أخذ من الآية الكريمة (إلا أن تكون تجارة
عن تراض) . ولا ينمقد البيع إلا به .

وتقييد المال بغير نقدي يميزه عن الصرف والسلم ، وتقييد المقابل
بمال نقدي يميزه عن المقايضة .

ركن البيع :

مادة (٢) :

« ينمقد البيع بتلاقي الإيجاب والقبول ، أو ما يقوم
مقامهما » (١) .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ ، ٧٥ ، ابن عابدين ج ٤ ص ٥ إلى ١٢

بدائع الصنائع ج ١٣٣٠ ، ١٣٤٠ .

المذكرة الإيضاحية

الانعقاد : هو تعلق كلام أحد العاقدین بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في الحل .

والمراد بالبيع هنا المعنى الشرعى الخاص المعلوم حكمه .
والإيجاب (الإثبات) : وهو ما صدر أولاً من أحد العاقدین ، سواء وقع من البائع كبعت ، أو من المشتري ، كأن يتندى فيقول : اشتريت منك هذا بكذا .

والقبول . هو ما صدر من للماقد الآخر ، وبه يتم العقد .
وكل منهما إيجاب (أى إثبات) وإنما معى الإثبات الثانى قبولاً ، تمييزاً له عن الإثبات الأول ، ولأنه يقع قبولاً ورضاً بفضل الأول .
والإيجاب والقبول هما ركننا البيع ، وهما تفسير للمبادلة بالقول التى أشرنا إليها فى شرح المادة (١) .

والكلام فى الإيجاب والقبول فى موضعين : أحدهما الصيغة ، والثانى الصفة .

أما صيغتهما : فهى كل افظين ينبئان عن معنى التملك والتملك « ماضيين » كأن يقول البائع : بعت ، ويقول المشتري : اشتريت ، فيتم الركن ، لأن هذه الصيغة وإن كانت للماضى وضعاً ، لكنها جعلت إيجاباً للحال فى عرف أهل اللغة والشرع ، والعرف قاض على الوضع .

« أو حالين » كأن يقول البائع للمشتري : أبيع منك هذا الشيء بكذا ونوى الإيجاب ، فقال المشتري : أشتريه ، أو قال المشتري : أشتري منك هذا الشيء بكذا ، ونوى الإيجاب في الحال . أو قال البائع : أبيعك منك بكذا ، وقال المشتري أشتريه ونوياً للإيجاب ، يتم الركن وينعقد .

وإنما اعتبرت النية هنا وإن كانت صيغة أفعل للحال هو الصحيح ، لأنه غلب استعمالها للاستقبال ، إما حقيقة أو مجازاً ، فوقت الحاجة إلى التعيين بالنية (بدائع) .

ولا ينعقد بلفظين أحدهما للماضي والآخر للمستقبل ، لأن النبي — صلى الله عليه وسلم — استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده ، فكان الانعقاد مقتضراً عليه ، ولأن لفظ المستقبل إن كان من جانب البائع كان عدة لا بيعاً ، وإن كان من جانب المشتري كان مساومة .

ولا ينعقد بصيغة الاستفهام في أحدهما بالاتفاق ، بأن يقول المشتري : أنبيع مني هذا الشيء بكذا ، أو بعته مني بكذا ؟ فقال البائع : بع ، لا ينعقد .

ولا ينعقد بصيغة الأمر ، بأن يقول المشتري : بع هذا الشيء مني بكذا ، فيقول البائع : بع .

وأما صفتها : فهي أن الإيجاب لا يكون ملزماً قبل وجود الآخر ، فأحد الشطرين بعد وجوده لا يلزم قبل وجود الشطر الآخر ، حتى

لو وجد أحد الشطرين من أحد المتبايعين ، فللاخر خيار للقبول ، وله خيار الرجوع قبل قبول الآخر ، لقول الرسول — ﷺ — : « البيعان بالخيار ما لم يفترقا عن بيعهما » . والخيار الثابت لهما قبل التفريق عن بيعهما هو : خيار القبول وخيار الرجوع ، ولأن أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبوراً على ذلك الشطر ، وهذا لا يجوز .

وحيث لم تصح إرادة اللفظين بالبيع ، بل حكمهما وهو الملك في البديلين ، وجب أن يراد بقوله : ينفق ، يثبت أى الحكم ، فان الانقضاء إنما هو للفظين لا للملك ، أى انضمام أحدهما إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعى .

والذى يقوم مقام اللفظ في الإيجاب والقبول ما يأتى :

١ — الإشارة المفهومة بالنسبة للأخرس ، لأنها تقوم مقام عبارته هذا إذا كان الحرس أصاباً (خلقياً) فان كان عارضا فلا يصح إلا إذا دام به .

٢ — التعاطى : وهو دفع الثمن وأخذ المبيع عن تراض من البائع والمشتري بغير لفظ ، ويكون فى الخسيس ، والنفيس على الأصح .

والبيع بالتعاطى هو المبادلة بالفعل ويسمى بيع المرافضة ، ويكون فى الأشياء الخسيسة والنفيسة ، وذكر القدورى : أن التعاطى يجوز فى الأشياء الخسيسة ولا يجوز فى الأشياء النفيسة وهو قول

السكرخى أيضا . ورواية الجواز فى الأصل مطلق عن هذا التفصيل
وهى الصحيحة ، لأن البيع فى اللغة والشرع « اسم للمبادلة » وهى
مبادلة شىء مرغوب بشىء مرغوب ، وحقيقة المبادلة بالتعاطى هى
الأخذ والإعطاء ، وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما ، والدليل
عليه قوله عز وجل : (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) .
والتجارة عبارة عن جعل للشراء للغير يبدل ، وهو تفسير التعاطى ،
وقال سبحانه وتعالى : (أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فارجح
تجارهم وما كانوا مهتدين) . أطلق سبحانه وتعالى اسم التجارة
على تبادل ليس فيه قول البيع الخ :

وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطى وهو الأخذ والإعطاء . فهذا
يوجد فى الأشياء الحسيسة والنفيسة جميعاً ، فكان التعاطى فى كل
ذلك بيعاً ، فكان جائزاً ، ولو كان التعاطى من أحد الجانبين جاز
على الأصح وبه يقتضى ، إذا لم يصرح معه بعدم الرضا ، وقيل لا بد
من الإعطاء من الجانبين ، وعليه الأكثر ، قاله الطرسوسى ، واختاره
البزازى ، وأفتى به الحلوانى ، واكتفى القرمانى بتسليم المبيع
مع بيان الثمن ، فتحرر ثلاثة أقوال ، وقد تقدم ما عليه الفتوى . وهو
جواز التعاطى من أحد الجانبين .

مادة (٣) :

« لا يعتبر الإيجاب الصادر للغائب إلا بكتاب أو رسول ،
أو ما يقوم مقام أحدهما ويكون مجلس القبول هو مجلس العلم
الحاصل بأحدهما » (١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا صدر الإيجاب للغائب عن جماعه ، يعتبر باطلا إذا بلغه من
شخص لم يكلف بتبليغه ولا ينعقد البيع اتفاقا ، وإنما يعتبر الإبلاغ
إذا كان عن طريق الكتابة أو الرسول .

وصورة الكتابة أن يكتب . . . فقد بعث هذا الشيء منك بكذا ،
فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك : اشتريت مما للبيع بينهما .

وصورة الإرسال : أن يرسل رسولا ، فيقول البائع : بعث هذا
من فلان الغائب بألف درهم فاذهب يا فلان وقل له ، فذهب الرسول
فاخبره بما قال ، فقبل المشتري في مجلسه ذلك .

ومجلس القبول : هو مجلس بلوغ الكتاب أو الرسول ، ولا يخفى
أن قراءة الكتاب صارت بمنزلة الإيجاب من الكتاب ، فإذا قبل
المكتوب إليه في المجلس فقد صدر الإيجاب والقبول في مجلس واحد .

* * *

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠ ، ١١

مادة (٤) :

« إذا أوجب واحد قَبْلَ الآخر في المجلس كل المبيع
بكل الثمن أو ترك ، إلا إذا أوضح الموجب ثمن كل فيصح
للقابل أخذ البعض بحصته من الثمن »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

تقدم في شرح المادة (٢) معنى الإيجاب ، فلماذا صدر هذا
الإيجاب من أحد المتعاقدين فالآخر بائعا كان أو مشتريا ، يخير بين
القبول أو الترك في المجلس مادام الموجب على إيجابه ، فلو رجع عنه
قبل القبول بطل (وسيأتي بيان ذلك في المادة (٥)) ولا بد من كون
القبول في المجلس ، وموافقا للإيجاب ، وأن يكون قبل تغير المبيع .
وتقييد القبول بالمجلس لأن خيار القبول مقيد به حتى لو تسكلم
البائع مع إنسان في حاجة له فلمنه يبطل (بحر) .

والمراد بالمجلس مالا يوجد فيه ما يدل على الإعراض ،
وَألا يشتغل العاقدان بتغير موضوع العقد وإن لم يكن للإعراض (نهر)
فإن وجد بطل ولو اتحد المسكان .

(١) ابن هابدين ج ٢ ص ٢٠ .

والتخيير يكون بين قبول التعاقد الثانى « كل المبيع بكل الثمن أو الترك » وهذا بيان لاشتراط موافقة القبول للإيجاب ، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع بما أوجب ، فان خالفه بان قبل غير ما أوجبه أو بعضه ، بغير ما أوجبه أو يعرضه لم ينعقد ، إلا إذا كانت المخالفة إلى ما فى صالح الموجب فانه ينعقد ، ولا يجب إلا ما يتلاقى مع الإيجاب إلا إذا قبل الآخر الخط من الثمن أو الزيادة فيه ، وقبل المشتري الزيادة ، أو حلول الثمن بدل تنجيئه ، أو تأجيله ، فان هذا يعتبر قبولاً جديداً ، وتكون عبارة الآخر إيجاباً ، ويلغى الإيجاب الأول . والتخيير الموجه إليه الإيجاب بين الأخذ بكل الثمن أو تركه لئلا يلزم تفريق الصفقة .

أما إذا تعدد المبيع وذكر ثمناً لسكل مع تكرار لفظ البيع ، فيكون للموجه إليه الإيجاب حق القبول فى الصفقة كلها أو بعضها مما بين ثمنه اتفاقاً ، فان لم يكرر لفظ البيع وفصل الثمن ، فظاهر كلام الهداية أنه يكون بتفصيل الثمن قد رضى بتعدد الصفقة على الوجه الذى بينه بتفصيل الثمن ، ويكون كما إذا كرر لفظ البيع وهو قول الصاحبين (أبو يوسف ومحمد) .

مادة (٥) :

« يبطل الإيجاب برجوع الموجب قبل القبول صراحة أو دلالة ، أو بإعراض الآخر ، ^(١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٠ ، ٢١ .

المذكرة الإيضاحية

إذا حدث ما يدل على أعراض أحد المتعاقدين — بعد صدور الإيجاب — بطل الإيجاب لأنه يشترط اتحاد المجلس . (وفي المجتبى) أن المجلس المتحد يكون 'بالاشتغال أحد المتعاقدين بغير ما عقد له المجلس ، أو ما هو دليل الأعراض .

ويبطل الإيجاب أيضاً برجوع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول ، فلو صدر القبول ورجوع الموجب معاً كان الرجوع أولى . ومما يبطل الإيجاب قبل أن يتصل به القبول ، رجوع أحد المتعاقدين ، أو خروجه عن أهليته ، أو موته ، ولهذا قالوا إن خيار القبول لا يورث تبعاً لمنهج الحنفية في أن الأصل في المنافع والحقوق أنها لا تورث ، كما يبطل بتغير المبيع ، وبقيام أحدهما من المجلس ، وإن لم يذهب على الراجح ، وقيل لا يبطل ما دام في مكانه (بمجر) ويبطل بالقيام وإن كان لمصلحة لا ممرضاً (قنية) .



مادة (٦) :

« إذا التقى القبول مع الإيجاب فلا يثبت خيار لأحد المتعاقدين بدون شرط إلا لعيب خفي أو عدم أو رؤية »^(١) .

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ٢١

المذكرة الإيضاحية

إذا اتصل بالإيجاب بالقبول على الوجه الصحيح ترتب على ذلك سقوط خيار المجلس ، ولا يثبت إلا خيار العيب والرؤية ، أو ما يشترطه أحدهما .

* * *

شروط انعقاد البيع :

مادة (٧) :

يشترط لانعقاد البيع :

(أ) أن يكون العاقدان أهلاً للتعاقد ، ويتم العقد بعبارة الأب وحده .

(ب) وأن يوافق القبول الإيجاب ، ويتصل به في مجلس العقد .

(ج) وأن يكون المعقود عليه مالا موجوداً متقوماً مملوكاً مقدور التسليم .^(١)

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٥ إلى ١٤٨ ابن عابدين ج ٤ ص ٣-٦

المذكرة الإيضاحية

تقدم في المادة (٢) بيان معنى الانعقاد . . . والشروط المذكورة في نص هذه المادة :

(١) بعضها يرجع إلى العاقد وهي : أهلية التعاقد وتحقق بالعقل أو بالتمييز فلا ينعقد بيع مجنون وصبي غير مميز .
ولا يشترط البلوغ فلو باع للصبي المميز مال نفسه ينعقد موقوفا على إجازة وليه ، وعلى إجازة نفسه بعد البلوغ ، والبلوغ ليس شرطا للتنفيذ في الجملة حتى لو توكل عن غيره بالبيع والشراء ينفذ تصرفه .

ويشترط التعدد في العاقد ، فلا يصلح الواحد عاقدا من الجانبين في البيع إلا إن كان أبا يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل قيمته ، أو بما يتغابن الناس فيه عادة ، أو وصيا إن كان في تصرفه نفع للصغير خلافا لمحمد .

(ب) وبعضها يرجع إلى نفس العقد ، وهي : أن يكون القبول موافقا للإيجاب ، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع بما أوجبه ، فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه ، أو بعض ما أوجبه ، أو بغير ما أوجب به ، أو ببعض ما أوجب به ، لا ينعقد من غير إيجاب آخر موافق . إلا إذا كانت المخالفة لصالح الموجب ، فينعقد العقد ، ولا يجب إلا المتفق عليه . وقد سبق ذلك في شرح المادة (٤) ، وفي شرح المادة (٥) بيان لاتحاد المجلس .

(ح) وبعضها يرجع إلى المفقود عليه وهي :

١ — أن يكون مالا متقوما ، لأن البيع مبادلة مال بمال ، والمراد بالمال ، ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ، والمالية تثبت بشمول الناس كافة أو بعضهم والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعا ، فإباح بلا تمول لا يكون مالا كحبة خنطة ، وما يتمول بلا إباحة الانتفاع لا يكون متقوماً كالحجر ، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم (بحر ملخصا عن الكشف الكبير) .

وحاصله : أن المال أعم من المتمول ، لأن المال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح كالحجر والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة ، فالحجر مال لا متقوم ، فلذا فسد البيع بجعلها ثمنا ، وإنما لم ينقذ أصلا بجعلها مبيعا ، لأن الثمن غير مقصود ، بل وسيلة إلى المقصود ، إذ الانتفاع بالأعيان لا بالأثمان ، ولهذا اشترط وجود المبيع دون الثمن ، فهذا الاعتبار صار الثمن من جملة الشروط بمنزلة آلات الصناعات (وتمام تحقيقه في فصل النسي من التلويح) ومن هذا قال في البحر : ثم اعلم أن البيع وإن كان مبنيا على البدل لكن الأصل فيه المبيع دون الثمن ، ولذا تشترط القدرة على المبيع دون الثمن ، وينفسخ بهلاك المبيع دون الثمن .

٢ — وأن يكون موجودا ، فلا ينعقد بيع المعدوم كالحجر والزرع قبل ظهورها ، وماله خطر العدم كالحمل في بطن الدابة ، واللبن في ضرعها ، ورخص في السلم .

٣ — وأن يكون مملوكا للبائع عند البيع ، فإن لم يكن ينعقد ، وإن ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه إلا السلم خاصة ، لأنه بيع ما ليس عنده ، وقد نهى - النبي صلى الله عليه وسلم - عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم ، وهذا الشرط فيما يبيعه بطريق الأمانة عن نفسه ، فأما ما يبيعه بطريق النيابة عن غيره ، فإن كان البائع وكيلًا وكفيلًا فليس بشرط أن يكون المبيع مملوكا للبائع ، وإن كان فضوليًا فليس الملك بشرط لانعقاد البيع بل هو من شرائط النفاذ ، إذ بيع الفضولي يكون منعقدًا موقوفًا على إجازة المالك فلمن أجاز نفذ ، وإن رد بطل .

٤ — ومنها أن يكون مقدور التسليم وقت العقد ، فإن كان غير مقدور التسليم عنده لا ينعقد وإن كان مملوكا له ، كبيع البعير المشار . خلافا للكرخي في جواب ظاهر الروايات ، حتى لو ظهر يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول ، إلا إذا تراضيا فيكون بيعا مبتدأ بالتعاطي ، فإن لم يتراضيا وامتنع البائع عن التسليم ، لا يجبر على التسليم ، ولو سلم وامتنع المشتري من القبض لا يجبر على القبض .

البيع النافذ :

مادة (٨) :

« يشترط لنفاذ البيع أن يكون للعاقد ذا ولاية على إنشاء العقد ، وألا يكون في المبيع حق لغير البائع » ^(١) .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٤٨ إلى ١٥٠

المذكرة الإيضاحية

شرط التنفيذ : هو ما لا يثبت الحكم بدونه ، وإن كان ينشأ
للتصرف بدونه .

ولتنفيذ البيع شروط تضمنها نص المادة وهي : الملك أو الولاية
وأن يكون في المبيع حق لغير البائع .

١ — فاشتراط الملك أو الولاية يترتب عليه عدم نفاذ بيع
الفضولي ، لانعدام الملك والولاية ، وإن كان ينشأ موقوفاً على إجازة
المالك ، فإن أجاز نفذ ، وإلا بطل ولبيع الفضولي وشرائه شروط
تذكر عند الكلام عليه .

والولاية : إما ذاتية — وهي ولاية الشخص البالغ للعاقل على ماله .

أو متعديّة — وهي ولايته على غيره . وهذه الولاية قد يكون
مصدرها المالك نفسه ، كولاية الوكيل والوصى المختار . وقد يكون
مصدرها الشرع ، كولاية الأب والجد والوصى ، أو من له الولاية
العامة كتولية القاضي . . .

وتفصيل الكلام عن الولاية يأتي في باب الولاية . . .

٢ — واشتراط ألا يكون في المبيع حق لغير البائع ، لأنه لو تعلق
به حق لغيره لا ينشأ كالمرهون والمستأجر ، وإن وقع البيع هل
يكون فاسداً ، أم صحيحاً موقوفاً ؟ الصحيح أنه موقوف ، لأن ركن

البيع صدر من أهله مضافا إلى مال متقوم مملوك له مقدور التسليم
من غير ضرر يلزمه .

مادة (٩) :

« شرط لصحة البيع معرفة قدر المبيع والتمن ووصفهما ،
إذا لم يقعا تحت نظر المتعاقدين ، وتكفي الإشارة فيما يقع
تحت نظرهما » (١) .

المذكرة الإيضاحية

المراد بمعرفة القدر والوصف : ما ينفي الجهالة الفاحشة ، وذلك
بما يخص المبيع عن نظائره ، وهذا يكون بالإشارة إليه إذا كان
حاضرا في مجلس العقد وإلا فبيان مقداره مع بيان وصفه لو كان من
المقدرات : كبعثك كيلة من حنطة بلدية مثلا ، بشرط كونه في
ملكه ، أو بيان مكانه الخاص : كبعثك ما في هذا البيت ، أو ما في
حقيقتي ، أو باضافته إلى البائع : كبعثك دابتي أو سيارتي ولا دابة
ولا سيارة له غيرها ، أو بيان حدود أرضه إن كان عقارا ، فبيان

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٢ ، ٢٣ .

ذلك تنفى الجهالة الفاحشة عن المبيع ، ولا ضرر من بقاء الجهالة اليسيرة التي لا تنافي صحة البيع ، لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية ، فإن خيار الرؤية إنما يثبت بمد صحة البيع ؛ لرفع الجهالة اليسيرة ، لا لرفع الجهالة الفاحشة التي تنافي صحة البيع .

واشترط تعيين المعقود عليه قدرا ووصفا ، يانا دافعا للجهالة ، إنما يكون في حالة عدم وجود المبيع والثمن تحت نظر المتعاقدين ، أما لو كانا موجودين تحت نظرهما فتسكن فيهما الإشارة لانتفاء الجهالة بها .

وإذا كان أحد المتعاقدين غير مبصر ، لزم لتعيين المبيع والثمن ما يحقق له العلم السافي للجهالة .

والاكتفاء بالإشارة يكون فيما إذا لم يكن المشار إليه ربويا قوبل بجنسه أو سلما اتفاقا ، أو رأس مال سلم ، إذا كان قليلا أو موزونا ، فلا تسكن فيها الإشارة خلافا للصاحبين (وسيأتي بيان ذلك في بابي الربا والسلم) .

* * *

البيع اللازم

مادة (١٠)

« يشترط للزوم البيع خلوه من الخيارات ،^(١) .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٥ ، ٢٢٨

المَذْكُورَةُ الْإِيضَاحِيَّةُ

شرط القزوم : هو مالا يلزم البيع بدونه ، وإن كان قد انعقد وينفذ بدونه وحتى يلزم البيع يشترط أن يكون خاليا عن الخيارات التي منها : خيار التعمين وخيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار الرؤية ، فلا يلزم البيع مع أحد هذه الخيارات .

* * *

حكم البيع

مادة (١١)

« حكم البيع ثبوت الملك في البديلين »^(١)

المَذْكُورَةُ الْإِيضَاحِيَّةُ

ثبوت الملك في البديلين - ومعناه انتقال ملكية المبيع إلى المشتري ، وملكبة الثمن إلى البائع - هو الحكم الأصلي للبيع ، وينبع ذلك وجوب تسليم المبيع والثمن وثبوت الشفعة في العقار ، ونحو ذلك من الحقوق النابعة لحكم العقد .

* * *

(١) ابن طابدين ج ٤ ص ٦ ، بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٢٣ .

بيع المكره

مادة (١٢)

(أ) بيع المكره منعقد وليس بلازم ، والمكره
الامضاء أو الفسخ ، ولا يبطل حق الفسخ بموت أحد العاقلين

(ب) إن قبض المشتري المبيع ملكه وتلزمه قيمته .

(ج) وإن قبض المكره الثمن أو سلم المبيع طوعاً لزم البيع
وإن قبضه مكرهاً لا يلزم وعليه رده ، ولا يضمن إن هلك
في يده لأنه أمانة^(١) .

المذكرة الإيضاحية

الإكراه لغة : حمل الإنسان على شيء يكرهه .

وشرعاً : فعل يوجد من المكره (بكسر الراء) فيحدث
في المحل (المكره) معنى يصير به مدفوعاً إلى الفعل
الذي طلب منه .

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ٧ ، ج ٨٣ ، ٨٤ ، ٨٥ (باب الإكراه) .

والبيع بالإكراه ينقذ ولكنه ليس بلازم ، والمكره فسخ
ما عقد ، ولا يبطل حق الفسخ بموت أحدهما (أى المكره والمكره)
فيقوم ورثة كل مقامه كورثة المشتري ، ولا بموت المشتري ، ولا بالزيادة
المنفصلة ، وتضمن هذه الزيادة بالتعدي ، وكذا الزيادة المتصلة المتولدة
كالسمن ، وأما غير المتولدة كصبغ وخياطة ثوب فتمنع الاسترداد
إلا برضا المشتري ، وكذا لا يبطل حق الفسخ لو فعل المشتري في المبيع
فملا ينقطع به حق المالك ، كما لو كان حنطه فطاحنها ، ويسترد المبيع
وإن تداولته الأيدي ؛ لأن الاسترداد فيه لحقه لا لحق الشرع ، وله
إمضاؤه ؛ لأن الإكراه الملجئ ، وغير الملجئ يمدان الرضا ،
والرضا شرط لصحة العقد ولزومه ، فلذا صار له حق الفسخ والإمضاء .

وإن قبض المشتري المبيع بالإكراه ملكه ، وكل تصرف منه
في المبيع لا يمكن نقضه يصح وتلزمه القيمة ، كما لو كان خبزاً فأكله ،
وكل تصرف منه يمكن نقضه لا يصح كالبيع والهبة والصدقة .

وقبض المكره الثمن أو تسليمه المبيع طوعاً يترتب عليه نفاذ
البيع بمعنى لزومه ، لأن عقود المكره نافذة ، والمعلق على الرضا
والإجازة هو اللزوم لانفاذه ، إذ اللزوم أمر وراء النفاذ .

وإن قبضه مكرهاً لا يلزم ، وردّه إن بقي في يده لفساد العقد ،
وإن هلك الثمن في يده لا يضمنه لأنه أمانة ؛ لأخذه بإذن المشتري .

* * *

بيع الهازل :

مادة (١٣)

« بيع الهازل لا ينعقد »^(١)

المذكرة الإيضاحية

المزل في اللغة : اللعب .

وفي الإصطلاح : هو أن يراد بالشئ ما لم يوضع له ، ولا ما صح له اللفظ استعارة .

والهازل يشكم بصيغة العقد مثلاً باختياره ورضاه ، لكنه لا يختار بموت الحكم ولا يرضاه ، والاختيار هو القصد إلى الشئ وإرادته ، والرضا هو إثاره واستحسانه ، فالمكره على الشئ يختاره ولا يرضاه ، وشرط تحقق المزل واعتباره في التصرفات : أن يكون صريحاً باللسان مثل أن يقول : إني أبيع هازلاً ، ولا يكتفى بدلالة الحال ، إلا أنه لا يشترط ذكره في العقد ، فيسكنى أن تكون المواضعة — وهي أن يتفقا على شئ ويظهرا خلافه — سابقة على العقد . وهو ثلاثة أقسام : لأنه إما أن يكون المزل في أصل العقد ، أو في قدر الثمن ، أو جنسه .

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ٧ ، ٢٥٥ .

قال في المنار : فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع ، واتفقا على البناء (أى بناء العقد على المواضعة) يفسد البيع ، لعدم الرضا بالحكم ، نصار كالبيع بشرط الخيار المؤبد (أى فلا يملك بالقبض) .
 وإن اتفقا على الإعراض ، بأن قالوا - بعد البيع - : قد أعرضنا وقت البيع عن الهزل إلى الجد ، فالبيع صحيح والهزل باطل .
 وإن اتفقا على أنه لم يحضرهما شيء عند البيع من البناء أو الإعراض ، أو اختلفا في البناء على المواضعة ، والإعراض عنها ، فالعقد صحيح عند أبي حنيفة في الحالين لجملة صحة الإيجاب أولى لأنها الأصل ، وخالفه الأصحاب لأنهما اعتبرا المواضعة إلا أن يوجد ما يناقضها :

الثلث

مادة (١٤)

الثلث ما تراضى عليه المتعاقدان في مقابلة المبيع سواء زاد على القيمة أو قل .

والقيمة هي ما قوم به الشيء من غير زيادة ولا نقصان ،^(١)

مادة (١٥)

« يكون البيع بثلثين مؤجل إلى أجل

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ٥٣ .

معلوم إذا كان الثمن ديناً ، أو بخلاف جنس المبيع ، ولم
يجمعهما قدر ،^(١) .

المذكرة الإيضاحية

الأصل في الثمن أن يكون حالاً ، لأن الحلول مقتضى العقد وموجبه ،
والأجل لا يثبت إلا بالشرط ، وقيد بالثمن لأن تأجيل المبيع المعين
لا يجوز ويفسده (بجر) .

والثمن قد يكون نقوداً ، أو سلفاً ، أو مقدرات . ويلاحظ أن كلام
من النقادين ثمن أبداً ، والعين الغير مثلي مبيع أبداً ، وكل من المكيل
والموزون الغير النقد ، والمعدى المتقارب إن قوبل بكل من أى النقادين
كان مبيعاً ، أو قوبل بعين ، فإن كان ذلك المكيل والموزون المتقارب
متعيناً كان مبيعاً أيضاً ، وإن كان غير معين ، فإن دخل عليه حرف
الباء مثل : اشتريت هذا الشيء بكيلة حنطة كان ثمناً ، وإن استعمل
استعمال المبيع كان سلفاً ، مثل : اشتريت منك كيلة حنطة بهذا القدر
من المال ، فلا بد من رعاية شرائط السلم (غرر الأذكار) .

وكما يصح البيع بالثمن الحال يصح بالثمن المؤجل بشرط أن
يكون الأجل معلوماً ، لأن جهالة الأجل تفضي إلى النزاع في التسليم

(١) ابن أبيدين : ج ٤ ص ٢٢ ، ٢٦ .

والتسليم ، وأن يكون البيع بضمن دين ، فلو بعين فسد (فتح) والمراد بالدين : ما يصح أن يثبت في الذمة سواء كان نقداً أو غيره ، وبالعين ماقبله ، وأن يكون البيع بخلاف جنسه ولم يحجمهما قدر أو كان بخلاف جنسه وجعهما قدر ، فإنه لا يصح التأجيل لما فيه من ربا النسئة .

مادة (١٦)

« يصرف الأجل إلى العرف إذا كان الثمن مؤجلاً ولم
يسم الأجل » (١) .

المذكرة الإيضاحية

لو كان البيع بضمن مؤجل بلا بيان مدة ، بأن قال : بعثك بدرهم مؤجل ، صرف الأجل إلى شهر ، لأن المهود في الشرع : في السلم واليمين في « ليقضين دينه آجلاً » (بحر) وبه يفتى ، ولأن العرف جرى على ذلك . وعند البعض صرف الأجل لثلاثة أيام (بحر عن شرح الجمع) قال ابن عابدين : ويشكل على القولين أن شرط صحة

(١) ابن عابدين ج : ص ٢٤ .

التأجيل أن يعرفه العاقدان . ولذا لم يصح البيع بضمن مؤجل إلى النيزوز
والمهرجان وصوم النصارى ، إذا لم يعلمه العاقدان (وسياقى بيان ذلك
فى البيع الفاسد :

تنبيه :

لما كان هذا التقدير فى رأى الأول مبناء على العرف ، وقد
اختلف العرف فى عصرنا ، وشان العرف الاختلاف فى كل عصر ،
فقد رأيت اللجنة (لجنة المراجعة) أن يراعى العرف الحاضر تطبيقاً
لما جرى عليه الفقهاء فى عصرهم .

* * *

مادة (١٧)

د إذا اختلف المتعاقدان فى أصل الأجل فالقول لمن ينفيه ،
وإذا اختلفا فى قدره فالقول لمدعى الأقل ، والبيئة فيهما
للمشتري ، وإن اختلفا فى انتهاء الأجل ، فالقول والبيئة
للمشتري ، (١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا اختلف البائع والمشتري فى الأجل ، فالقول لمن ينفى الأجل ،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٣ ، ٢٤

وهو البائع ، لأن الأصل عدم التأجيل إلا في السلم فإن القول لمثبت
الأجل ، لأن نفيه يدعى فساداً بفقد شرط صحته وهو التأجيل ،
ومدعيه يدعى صحته بوجوده ، والقول لمدعى الصحة (وبه يفق) .

ولو اختلفا في مقدار الأجل ، فالقول لمدعى الأقل لإنكاره
الزيادة والبيئة في المسألتين للمشتري ، لأنه يثبت خلاف الظاهر
والبيّنات للإببات .

ولو اختلفا في انتهاء الأجل ، فالقول والبيئة للمشتري ، لأنهما
لما اتفقا على الأجل ، فالأصل بقاؤه ، فكان القول للمشتري في عدم
انتهائه ، ولأنه منكر توجه المطالبة ، وأما تقدم بيئته على بيئة البائع ،
فعله في البحر عن الجوهرية ، بأن البيئة مقدمة على الدعوى اهـ .
وهو مشكل فإن شأن البيئة إيجاب خلاف الظاهر ، وهو هنا دعوى
البائع على أن بيئة المشتري على عدم المضي شهادة على النفي ، وقد يجاب
عن الثاني بأنه إيجاب في المعنى ، لأن المعنى أن الأجل باق ، وحينئذ
فوجه تقديم بيئته كونها أكثر إيجاباً ، ويدل له ما سيأتى في السلم ،
من أنهما لو اختلفا في مضي الأجل فالقول للمسلم إليه يمينه ، وإن
برهننا بيئته أولى ، وعله في البحر بإثباتها زيادة الأجل قال : فالقول
قوله والبيئة يمينه .

مادة (١٨)

« يبطل الأجل بموت المشتري لا البائع »^(١).

المذكرة الإيضاحية

التأجيل لصالح المشتري ، وفائدته أن المدين قد يتجر فيؤدي الثمن من ثماء المال ، فإذا مات المشتري تمين المتروك من أمواله لقضاء الدين فلا يفيد التأجيل .

ولو مات البائع لا يبطل الأجل (بحر عن شرح المجموع) .



مادة (١٩)

« يبدأ الأجل من وقت تسليم المبيع إذا كان البيع باناً ، وإن كان بالخيار وقت سقوط الخيار »^(٢).

المذكرة الإيضاحية

(١) إذا كان الثمن مؤجلاً ، يبدأ الأجل من وقت تسليم المبيع

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٤

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٦

إذا كان البيع باتاً ، ومدة الأجل إما أن تكون : منكرة ، أو معينة .

فإن كانت منكرة ومنع البائع السلعة عن المشتري كان المشتري مدة أخرى من وقت تسلم المبيع تحصيلاً لفائدة التأجيل ، وهي التصرف في المبيع وإيفاء الثمن من ربحه مثلاً .

أما إذا كانت المدة معينة فليس للمشتري الحق في طلب مدة أخرى ، لأنه لما عين الأجل تعين حقه فيما عين فلا يثبت في غيره . وكذلك الحكم إذا لم يمنع البائع السلعة عن المشتري ، وهذا بالاتفاق لأن الإهمال من المشتري .

(ب) وإن كان البيع بالخيار ، فابتداء الأجل عند أبي حنيفة يكون من وقت سقوط الخيار ، لأن ذلك وقت استقرار البيع .

مادة (٢٠) :

« الثمن المسمى قدره لا وصفه ينصرف إلى غالب تقدر بلد
المقد وقت التعاقد » (١)

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ٢٧ ، ٢٨

المذكّرة الإيضاحيّة

إذا اتفق البائع والمشتري على مقدار الثمن ، ولم يتعرضا لوصفه
اعتبر غالب نقد بلد العقد ، لأن المعتبر هو مكان العقد ؛ نظراً لاختلاف
مالية البلاد كساداً ورخصاً ، وكما يعتبر المكان ، يعتبر زمن العقد
أيضاً ، ولا يعتبر زمن الإيفاء ؛ لأن القيمة فيه مجهولة وقت العقد .

وإذا كان في البلد نقود مختلفة ، فإما أن يكون .

١ — الاختلاف في المالية والرواج :

٢ — أو في المالية دون الرواج .

٣ — أو الرواج دون المالية .

٤ — أو لا يكون في شيء منهما بل في مجرد الإسم كالمصري

والدمشقي ؛

فإن كان الأول جاز البيع وانصرف إلى الأروج .

وإن كان الثاني لا يجوز ؛ لأن الجهالة توقعهما في المنازعة
الممانعة من التسليم والتسلم .

وإن كان الثالث يجوز وينصرف إلى الأروج تحريماً للخواز .

وإن كان الرابع فكذلك يجوز لأن الجهالة ليست موقفة
في المنازعة الممانعة من التسليم والتسلم .

بيع الجزاف :

مادة (٢١)

« يصح البيع مكابلة ، ويصح مجازفة إذا كان بخلاف جنسه ، أو بجنسه ولم يجمعهما قدر ، كما يصح بما لا يعرف مقداره من كيل أو وزن ،^(١) .

المذكّرة الإيضاحيّة

المكايلة : أن يكيل البائع للمشتري ، ويكيل المشتري له ، ويبيع الطعام والحبوب مكايلة جائز سواء كان البيع بجنسه ، أو بخلاف جنسه .

والمجازفة : بيع الطعام والحبوب بلا كيل ولا وزن .
فإن كان المبيع شيئاً لا يدخل تحت الكيل بان كان قليلاً جاز بيعه مجازفة إذ لا ريباً فيه .

وإن كان مما يدخل تحت الكيل فإنه يجوز إذا كان البدلان مختلفي الجنس ، أما إذا اتحد الجنس فلا يجوز مجازفة ، لاحتمال التفاضل (الزيادة) وهذا يؤدي إلى الربا ، إلا إذا ظهر تساويهما في القدر فإنه يجوز .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٨ ، فتح القدير ج ٥ ص ٨٥ ، ٨٦

والبيع بإثاء وحجر لا يعرف مقدارها صحيح ، وهو من بيع المجازفة ، والبيع بهما جائز غير لازم ، وللعشترى الخيار (خيار كشف الحال) . وإنما جاز البيع ، لأن الجهالة المانعة هي التي تقضى إلى المنازعة ، والجهالة هنا ليست كذلك ، لأن التسليم في البيع منعجل وصحة البيع ، مقيدة بالتعجيل فيبدر هلاك كل منهما قبل التسليم .

ويشترط لبقاء عقد البيع على الصحة ، بقاء الإثاء والحجر على حالهما ، فلو تلفا قبل التسليم فسد البيع ، لأنه لا يعلم مقدار ما باعه منه .

ويشترط أيضاً ألا يَحتمل الإثاء النقصان ، بأن كان لا ينقص ولا ينكسب كأن يكون من خشب أو حديد . فإن ينقبض أو ينكسب كالزئبق والجوالق فلا يجوز إلا في قرب الماء استحواساً للتعامل خلافاً لأبي حنيفة .

وألا يَحتمل الحجر التفتت وهذا مروي عن أبي يوسف حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة لأنها تنقص بالجفاف ، وهول بعضهم على ذلك ، وليس بىء ، فإن البيع بوزن حجر بعبه لا يصح إلا بشرط تعجيل التسليم ، ولا جفاف يوجب نقصاناً .

فإن احتمل الحجر التفتت لم يجز البيع .



بيع المثلث والقيس :

مادة (٢٢) :

« إذا لم تختلف قيمة المكيال أو المعدود المتقارب أو الموزون ، وكان من جنس واحد يصح البيع فيما عين قدره وثمنه .

ويصح في الكل إذا عين مقداره أو ثمنه » ^(١) .

المذكرة الإيضاحية

المكيال أو الموزون أو المعدود إذا لم تختلف قيمته . اذا سمى البائع لكل قدر من الكيل أو العدد أو الوزن ثمنًا ، بأن قال مثلا : فيما اذا كان المبيع مكيلا - كل أردب من هذا القمح بخمسة جنهات ، فإنه يصح البيع فيما سمى قدره وثمنه ، وهو الإردب دون غيره . وللمشتري الخيار ، لتفرق الصفقة عليه ويسمى « خيار كشف الحال » وليس للبائع خيار (نهر) « وفي البحر » ولم يذكر الخيار على قول أبي حنيفة ، قالوا وله الخيار في الواحد ، كما إذا رأى ولم يكن رآه

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٨ ، ٢٩

وقت البيع ثم نقل عن « غاية البيان » أن لكل منهما الخيار قبل الكيل ، وذلك لأن الجهة قائمة ، أو لتفرق الصفقة ، ثم قال : وصرح في البدائع بلزوم البيع في الواحد وهو الظاهر ، وعند الصاحبين (أبو يوسف ومحمد) البيع في الكل لازم ولا خيار .

وإذا عين المقدار بأن قال مثلاً : هذه عشرون أردباً من القمح أبيعها كل أردب بخمسة أو مئى ثمن الجميع فإنه يصح البيع في الكل إن كملت في المجلس . لزوال المفسد . وهو جهالة الثمن قبل بثوته بانقضاء المجلس ، ولا خيار له إن كانت التسمية عند العقد ، أما إن كانت بعد العقد فله الخيار عند الصاحبين ، وبه يفتى ، فإن رضى المشتري يلزم البيع بلا رضا البائع .

مادة (٢٣) :

« يصح البيع في كل المبيع إذا كان معدوداً متفانوئاً أو في تبغيضه ضرر ، سواء سمي العدد أو جملة الثمن ، أو سمي لكل عدد أو جزء ثمن » ^(١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٠ ، ٣١ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٩٠

المذكرة الإيضاحية

المعدود المتفاوت كالغنم ، إذا بيع من غير أن تذكر جملة العدد أو جملة الثمن ، وسمى لسكل عدد أو جزء ثمن ، يفسد بيعه في المسمى وفي السكل ، مثاله : رجل عنده قطيع غنم باعه كل شاه بدرهم ، فالبيع فاسد في الجميع عند أبي حنيفة ، وكان المقروض أن يصح البيع في الواحد قياساً على المسكيل ، إلا أن التفاوت يوجد بين الأشياء ، وفي ذلك جهالة تقضى إلى المنازعة بخلاف المسكيلات . وإن علم عدد الغنم في المجلس لم ينقلب صحيحاً عنده على الأصح . ولو رضيا انعقد بيعاً بالنمطى .

ويدخل في هذا الحكم ما يباع بالذراع كالتياب ، وما في تبعيضه ضرر كالأواني والمصوغ .

ولو سمي في صلب العقد عدد الغنم أو الذرع أو جملة الثمن صح البيع اتفاقاً .

وعند أبي يوسف ومحمد البيع جائز في السكل ، لأن الجهالة بيد المتعاقدين لإزالتها ، والجهالة التي هي كذلك لا تقضى إلى المنازعة ، وبقولهما يفتى تيسيراً للناس .

(وقد أخذت اللجنة برأى أبي يوسف ومحمد)

مادة (٢٤)

«إذا كان المكيل أو الموزون معلوم الكيل أو الوزن ،
والثمن ، ولم يكن في تبغيضه ضرر ثم ظهر أنه أقل أو أكثر ،
فلمشتري الخيار بين أخذ الأقل بحمته من الثمن أو الفسخ ،
وما زاد فللبائع » (١) .

المذكرة الإيضاحية

مثال ذلك ، باع قدرا من القمح على أنه مائة قدح بمائة درهم ،
وعند الكيل وجداها كما حددا تم البيع .

وإن وجداها أقل كان للمشتري الخيار : بين أخذ الموجود بحمته
من الثمن ؛ لأن الثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء المبيع المتلى ، وبين
الفسخ ، لتفرق الصفقة الموجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضا .

وإن وجداها أكثر ، فالزائد للبائع ، لأن البيع وقع على قدر
معين وهو المائة ، فما زاد عليه لم يدخل في العقد ، وكل ما وقع على مقدار
معين لا يتناول غيره ، إلا إذا كان وصفاً ، وللقدر الزائد على المقدار
المعين ليس بوصف ، فالبيع لا يتناوله ، فكان حقا للبائع ، لا يجب عليه

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ٣١ ، ٣٢ ، فتح القدير ج ٥ ص ٩١ ، ٩٢

تسليمه ، إلا باعتبار كونه صفقة على حدة ، وكان كل من العاقلين
غخيراً فيها ، إن شاء باسرها وان شاء تركها .

مادة (٢٥)

« إذا بيع عدد محدد من القيمي ، ثم ظهر أنه أقل
أو أكثر يفسد البيع ، وإن بين ثمن كل من القيمي ونقص
العدد ، خير المشتري بين أخذ الأقل بقيمته أو الترك ، وان
زاد فسد البيع »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا قال البائع للمشتري : بعت لك ما في هذا الصندوق على أنه
عشرة أثواب بمائة جنيه ، أو قال له : بعت لك ما في هذه الحظيرة
من الغنم على أنه مائة بكذا من المال ، ولم يحدد لكل ثوب أو رأس
من الغنم ثمناً ، فنقص العدد أو زاد فسد البيع .
أولاً : لجهالة الثمن في النقصان ؛ لأنه لا تنقسم أجزاءه على
أجزاء المبيع القيمي فلم يعلم للثوب الناقص ، أو للرأس من الغنم

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٣ ، ٣٤

الناقصة حصة معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه ، فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا ، فيصير الثمن مجهولا .

وثانياً : لجهالة المبيع في فصل الزيادة ؛ لأنه يحتاج إلى رد الزائد فيتنازعان في المردود .

أما لو حدد لكل ثوب أو رأس ثمناً ، بأن قال مثلاً : عشرة أثواب بمائة جنيه كل ثوب بعشرة ، ونقص ثوب صح البيع في الباقي بحصة من الثمن ، وخير المشتري بين أخذه أو الترك ؛ لتفوق الصفقة ، ولأن زاد ثوب فسد لجهالة المزيد ، فتقع المنازعة في تعيين العشرة المباعة من الأحد عشر (نهر) . ولو رد الزائد أو عزله عن المبيع هل يحل له الباقي ؟ روى عن محمد أنه إن كان البائع غائباً يعزل الزائد ويستعمل الباقي وهذا استحسان أخذه به محمد نظراً للمشتري ؛ لأنه عند غيبة البائع يلزم الضرر على المشتري بعدم الانتفاع بالمبيع لحين حضور البائع ، وربما لا يحضر أو تطول غيبته وإن كان البائع حاضراً فلا مكان للعزل ؛ لأنه يمكن تجديد العقد .

* * *

ما يدخل في البيع تبعا وما لا يدخل :

مادة (٢٦)

كل ما يتناوله اسم المبيع عرفاً ، أو كان متصلاً به

اتصال قرار يدخل في البيع تبعاً بلا ذكر ، ولا يقابله شيء
من الثمن ،^(١) .

المذكرة الإيضاحية

تضمنت هذه المادة أن هناك أشياء تدخل في البيع تبعاً بلا ذكر
دون أن يقابلها شيء من الثمن .

وبنيت هذه المادة على قاعدتين :

١ — كل ماهو متناول اسم المبيع عرفاً .

٢ — كل ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار، وهو ما وضع لأجل
ألا يتفصل .

وبناء على ذلك يدخل في بيع الدار : البناء ، والمفاتيح المتصلة
أغلقها ، والسلّم المتصل والعلو ، والكنيف ، والسرير ، والروحي
— لو أسفلها مبنياً — والبسكرة . لا الدلو ، والحبل ما لم يقل
بمراقفها فيدخلان ، والحجارة المخلوقة ، والمنبتة في الأرض والدار
لالمدفونة .

وفي الذخيرة : الأصل أن ما لا يكون من بناء الدار ، ولا متصلاً
بها لا يدخل ، إلا إذا جرى العرف بأن البائع لا يمنعه عن المشتري .

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ٣٤ ، ٣٥ ، ٣٦

ويدخل في بيع الأرض الشجر مشمر أو غير مشمر ، لاتصاله بها اتصال قرار ، إلا اذا كان يابساً ، فلا يدخل ، لأنه على شرف القطع .

ولا يدخل الزرع مع اتصاله ، لأنه متصل على ان ينفصل .
وقد يدخل بعض المنقول المنفصل ، إذا كان تبعاً للبيع بحيث لا ينتفع به إلا به ، فيصير كالجزة ، كولد البقرة الرضيع ، وقد يدخل عرفاً كقلادة الدابة .
ولا يقابل كل هذا شيء من الثمن لكونه كالوصف ، والثمن في مقابلة الأصل والوصف .

مادة (٢٧)

« ما لا يتناول اسم المبيع عرفاً ، وليس متصلاً به اتصال قرار ، يدخل في البيع بذكره ، إن كان من حقوق المبيع ومرافقه » (١) .

المذكرة الإيضاحية

المادة السابقة (٢٦) بنيت على قاعدتين بمقتضاها يعرف ما يدخل

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٥ ، ٣٨ ، ٣٩

في البيع تبعاً ، وهذه المادة تضمنت حكم ما لم يندرج تحت هاتين القاعدتين فبينت أن ما لا يتناول اسم المبيع ، وليس متصلاً به ، إن كان من حقوق المبيع ومرافقه يدخل في البيع بذكره ، وإن لم يكن كذلك ، لا يدخل وإن ذكره .

والحقوق والمرافق بمعنى واحد ، والحق ما هو تبع للبيع ، ولا بد له منه ، ولا يقصد إلا لأجله . كالطريق ، والشرب ، والأرض ، فهذه من حقوق المبيع فلا يتناولها البيع إلا بذكرها .

وإن لم يكن من حقوقه لا يدخل ولو ذكر ، فلا يدخل الثمر بشراء شجر ، لأنه وإن كان اتصاله خلقياً فهو للقطع لا البقاء ، إلا إذا قال : بكل ما فيها أو منها ، لأنه حينئذ يكون من المبيع .

وعلى هذا لا يدخل الزرع في بيع الأرض بلا تسمية إذا نبت وكان له قيمة . أو لم ينبت سواء كانت له قيمة أولاً ، أما إذا نبت ولا قيمة له ، فيدخل في الأصح .

وكذلك لا يدخل الثمر في بيع الشجر بدون تسمية أيضاً ، ويؤمر البائع بقطعهما وتسليم المبيع . وإن لم يظهر صلاحهما ، لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فيجبر على تسليمه فارغاً . وهو المختار . وفي جامع الفضولين ، لا يقطع إن رضى المشتري ببقائه بأجر مثل الأرض .

حقوق المبيع :

مادة (٢٨)

تدخل جميع المرافق بدون ذكر في الإجارة ، والوقف ،
والرهن ، ولا تدخل وإن ذكرت في القسمة إلا برضى صريح ،^(١)

المذكرة الإيضاحية

تقدم في المادة السابقة (٢٧) أن للرافق تدخل في البيع بذكرها
وهذه المادة أوضحت أن المرافق كالطريق والمسيل إذا لم يكن
في ملك خاص والشرب تدخل في الإجارة ، والوقف والرهن بدون
ذكر ، لأن الإجارة تمقد للانتفاع بعين هذه الأشياء ، والبيع ليس
كذلك ، فإن المقصود منه في الأصل ملك الرقبة لخصوص الانتفاع ،
بل إما الملك ، أو ليتجر فيها ، أو يأخذ نقضها (نهر)

قال الزيلعي : ألا ترى أنه لو استاجر الطريق من صاحب العين ،
لا يجوز ، يعني لعدم الانتفاع به بدون العين ، فتعين الدخول فيها .
ولا تدخل في القسمة وإن ذكر الحقوق والمرافق إلا برضاً
صريح ، (نهر عن الفتح) .

وحاصل ما في الفتح : أنهما إذا اقتسما ، ولأحدهما على الآخر مسيل

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٩٩

أو طريق ، ولم يذكر الحقوق لاندخل ، لكن إن أمكن له إحداثها في نصيبه ، فالقسمة صحيحة ، وإلا فلا ، بخلاف الإجارة لأن الأجر إنما يستوجب الأجر ، إذا تمكن المستأجر من الانتفاع ، ففي إدخال الشرب توفير المنفعة عليها ، وإن ذكر الحقوق في القسمة دخلت إن لم يمكنه إحداثها لا إن أمكن إلا برضاً صريح ، لأن المقصود بالقسمة تمييز الملك لكل منهما ، لينتفع به على الخصوص ، بخلاف البيع فإن الحقوق تدخل بذكر وإن أمكن إحداثها ، لأن المقصود منه إيجاد الملك .

بيع الثمر مقصوداً :

مادة (٢٩)

« يصح بيع الثمر على الشجر إن ظهر ، وإن لم يتم نضجه ، ويجبر المشتري على قطعه في الحال ، وإن اشترط البقاء ففسد البيع إلا إذا تناهى نضجه » ^(١) .

المذكرة الإيضاحية

المادتان السابقتان (٢٦ — ٢٧) تضمنتا حكم ما يدخل في البيع تباً ، ومنه الثمر على الشجر .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٩ ، ٤٠ ، ٤١ .

وهذه المادة تضمنت حكم بيع الثمر مقصوداً
فالثمر إن ظهر وبرز سواء ظهر صلاحه أو لاصح بيعه على
الأصح .

قال في الفتح : لاخلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ،
ولا خلاف في عدم جواز بيعه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط
الترك ، ولا خلاف في جواز البيع قبل بدو الصلاح بشرط القطف فيما
ينتفع به ، ولا خلاف في الجواز بعد بدو الصلاح .
(وبدو الصلاح أن تؤمن الماعة والفساد) :

فبيع الثمر قبل ظهوره لايصح اتفاقاً ، ولو برز البعض دون
البعض لايصح في ظاهر المذهب ، وأقوى الحلول في بالجواز لو كان
الخارج أكثر (زيلعي) . وقال السرخسي : الأصح أنه لايجوز ،
لأنه لاضرورة هنا ، لأنه يمكن بيع الأصول ، أو يشتري للوجود
بعض الثمن ، ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت ظهوره ، أو يشتري
الموجود بجميع الثمن ويباح له الانتفاع بما يحدث منه ، فيحصل
مقصودهما ، فلا ضرورة إلى تجويز العقد في المعلوم مصادماً للنص ،
وهو نهي للنبي ﷺ — عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص
في السلم .

نقل هذا ابن عابدين ثم قال : وفي هذا الزمن لايجنح تحقق
الضرورة ، فإن لغلبة الجهل لايمكن إلزام الناس بالتخلص بأحد
الطرق المذكورة ، وفي زعمهم عن عادتهم خرج وظاهر كلام الفتح

الميل إلى الجواز ، وروى رواية عن محمد بجواز بيع الورد على الأشجار .

وإذا تم البيع وجب على المشتري قطع الثمرة في الحال ، ويجبر على ذلك إذا طلب البائع تفريغ ملكه ، ويفهم من قوله « ويجبر » أنه لا خيار للمشتري في إبطال البيع إذا امتنع البائع عن إبقاء الثمار على الأشجار .

وإن اشترط المشتري بقاء الثمر على الشجر فسد البيع ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير .

وقال محمد : إذا تناهت الثمرة (أى تم نضجها) لا يفسد البيع للتعارف ، فكان شرطاً يقتضيه العقد ، وبه يفتى .

هذا الحكم إذا اشترط المشتري ، ترك الثمرة على الشجر ، أما لو اشتراها مطلقاً وتركها بإذن البائع طاب له الزيادة ، وإن كان يغير إذنه تصدق بما زاد في ذاتها ، وإن بعد ماتناهت لم يتصدق بشيء .

الاستثناء من العقد :

مادة (٣٠)

« ما جاز إيراد العقد عليه بانفراده صح استثناءه منه » (١).

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٢

المذكرة الإيضاحية

إذا استثنى أربال معلومة من بيع تمر نخل ، أو شاة معينة من بيع
قطيع غنم ، فهذا صحيح ، لصحة إيراد العقد على الشاة ، والأربال
المعلومة .

مؤنة تسليم المبيع والتمن :

مادة (٣١)

« ما كان من تمام تسليم المبيع ، فأجرته على البائع ، ووزن
التمن ونقده على المشتري ، وتكون على البائع ، إن قبض
التمن ورده بعيب الزيادة^(١) . »

المذكرة الإيضاحية

ما كان من تمام تسليم المبيع : كاجرة الكيل ، والوزن ،
والعد ، والذرع ، على البائع إذ لا يتحقق تسليم المبيع إلا بكياله
ووزنه — الخ ، ومعلوم أن الحاجة إلى هذا ، إذا باع مكيالة

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٤

او موازنة ، إذ لا يحتاج إلى ذلك في بيع المجازفة ، وكذا صب الخلطة في وعاء المشتري فأجرته على البائع .

وأجرة وزن الثمن على المشتري باتفاق ، أما أجرة نقده فكونها على المشتري هو ظاهر الرواية ، وبه كان يفتى الصدر الشهيد وهو الصحيح ، لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد ، وتعرفه بالنقد ، كما يعرف المقدار بالوزن .

أما إذا قبض البائع الثمن ثم جاء يردّه بعيب الزيادة ، فإن أجرة النقد على البائع لأنه من تمام التسليم ، وشرط لثبوت الرد ، إذ لا تثبت زيافته إلا بنقده .

• • •

أجر الدلالة :

مادة (٣٢)

« أجرة الدلال إن باع المين بنفسه وبإذن صاحبها على البائع ، ويعتبر المرف إن سعى بين البائع والمشتري ، وباع المالك بنفسه » (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٣ ، ٤٤

المذكرة الإيضاحية

الدلال : هو من يقوم بدور الوساطة بين البائع والمشتري لإتمام الصفقة ، فإذا تولى هو البيع بإذن صاحب السلعة ، فأجرته على صاحب السلعة ، وليس له أخذ شيء من المشتري لأنه هو العاقد حقيقة (شرح الرهبانية) وظاهره أنه لا يعتبر العرف هنا ، لأنه لاوجه له .
أما إن سعى بين البائع والمشتري ، وباع المالك السلعة بنفسه فيستبر العرف ، فتكون أجرته إما على البائع أو المشتري أو عليهما معا .
...

كيفية التسليم والتسلم :

مادة (٣٣)

« يسلم الثمن أولاً إذا كانت السلعة حاضرة ، وكان الثمن نقداً ، ولم يكن مؤجلاً ولا خيار للمشتري .
فإن كان يبيع السلعة يمثلها أو الثمن بمثلها سائماً معاً ،^(١) .

المذكرة الإيضاحية

بيع السلعة إما يكون بثمن نقدي أو يمثلها ، فإن كان بثمن نقدي فعلى المشتري أن يسلم الثمن أولاً للبائع قبل تسلمه المبيع ، ليتعين

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٣ ، ٤٤

حق البائع في الثمن ، لأنه قد تعين حق المشتري في المبيع ، فتمتحق المساواة .

وتسليم الثمن أولاً مشروط : بكون السلعة حاضرة ، وكون الثمن حالاً (غير مؤجل) وألا يكون في البيع خيار للمشتري ، لأنه لا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل ، ولا قبل سقوط الخيار .

أما في بيع السلعة بمثلها والثمن بمثله سلماً معاً ، لاستوائهما في التمين .

...

مادة (٢٤)

« تسليم المبيع أو الثمن يكون بالتخلية على وجه يتمكن معه البائع أو المشتري من القبض بلا مانع ولا حائل »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

التسليم في المبيع والثمن يكون بالتخلية ، وهي قبض حكماً لو كانت مع القدرة على القبض بلا كلفة وذلك يختلف بحسب حال المبيع ، ففي نحو : حنطة في بيت مثلاً فدفع المفتاح إذا أمكنه الفتح بلا كلفة قبض ،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٥٠٤٤

وفي نحو : دار فالقدرة على إغلاقها قبض أى بأن تكون فى البلد
 فيما يظهر ، وفى نحو : بقر فى مرعى ، فكونه بحيث يرى ويشار
 إليه قبض ، وفى نحو ثوب ، فكونه بحيث لو مديده تصل إليه قبض ،
 وفى نحو : فرس أو طير فى بيت ، إمكان أخذه منه بلا معين قبض .
 ويشترط ألا يكون هناك مانع بأن يكون المبيع مقررزاً غير مشغول
 بحق الغير ، وألا يكون هناك حائل ، بأن يكون المبيع فى حضرته .
 وشرط صاحب كتاب الأجناس شرطاً ثالثاً ، وهو أن يقول :
 خلعت بينك وبين المبيع فلو لم يقله ، أو قال : خلعت وكان بعيداً
 لم يصرف قبضاً ، والمراد بالبعيد مالا يقدر على قبضه بلا كلفة .

...

حبس المبيع لاستيفاء الثمن :

مادة (٣٥)

« للبائع أن يحبس المبيع حتى يقبض الثمن ، إلا إذا أحيل
 به أو أجله بعد البيع ، أو سلم المبيع للمشتري .
 ولا يسقط حق الحبس بالرهن ، أو بالكفيل ، أو بإبراء
 البائع المشتري عن بعض الثمن »^(١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٤

المذكرة الإيضاحية

للبائع حبس المبيع حتى يستوفي كل الثمن من المشتري ، فلو شرط المشتري دفع المبيع إليه قبل نقد الثمن فسد البيع ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد .

وقال محمد : فسد البيع لجهالة الأصل ، فلو سمى وقت تسليم الثمن جاز .

وللبائع أيضاً حبس المبيع ولو بقي درهم واحد من الثمن .
ولو كان المبيع شيئين بصفقة واحدة سمى لكل تمناً ، فله حبسهما إلى استيفاء ثمن الكل ، منعاً لنفرك الصفقة .

ولا يسقط حق الحبس بالرهن ، ولا بالكفيل ، ولا بإبراء
البائع المشتري عن بعض الثمن حتى يستوفي الباقي .

ويسقط حق الحبس بمحوالة البائع على المشتري بالثمن انفاقاً مثل :
كأن يكون البائع مديناً لرجل فيحصل ذلك الرجل على المشتري
فيأخذ دينه من الثمن ، وكذا إذا أحال المشتري البائع بالثمن
على رجل عند أبي يوسف ، وعن محمد روايتان سقوط الحبس
وعدم سقوطه .

ويسقط الحبس أيضاً بتأجيل الثمن بعد البيع ، وبتسليم البائع
المبيع للمشتري قبل قبض الثمن ، فليس له بعد قبض المشتري المبيع

رده إليه . أما لو قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع فلا يسقط حق الحبس ، إلا إذا رأى البائع المشتري وهو يأخذ المبيع ولم يمنعه من القبض ، لأن في هذه الحالة يكون إذناً منه للمشتري بقبضه .

• • •

إفلاس المشتري وموته قبل دفع الثمن :

مادة (٣٦)

« إذا مات المشتري مفلساً بعد قبض المبيع وقبل دفع الثمن ، يكون الثمن ديناً على التركة ، ويتقاسم البائع مع باقي الدائنين قسمة الغرماء » (١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا قبض المشتري المبيع ولم يدفع الثمن ومات مفلساً بمعنى أنه ليس له مال يفي ما عليه من الديون ، سواء فلسه القاضي أو لا ، فالبايع أسوة للغرماء ، بمعنى أن المبيع لو كان قائماً لا يطالب البائع به . بل يكون المبيع بينه وبين سائر الغرماء يقسمونه بنسبة مال كل منهم قبل المشتري .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٦

وإن كان المشتري لم يقبض المبيع ، فالبايع أحق به ، يحبس عند
حتى يستوفى الثمن من مال الميت ، أو يبيعه القاضى ويدفع له الثمن ،
فإن وفى بجميع دين البائع فيها ، وإن زاد دفع الزائد لباقي الغرماء ،
وإن نقص فهو أسوة للغرماء فيما بقى له من الثمن :

وليس المراد بكونه أحق به ، أن يأخذه مطلقاً إذ لاوجه لذلك ،
لأن المشتري ملكه وانتقل بعد موته لورثته وتعلق به حق غرمائه .
ولعنا كان أحق من باقى الغرماء ؛ لأنه كان له حق حبس المبيع
إلى قبض الثمن فى حياة المشتري ، فكذا بعد موته .

هلاك المبيع :

مادة (٣٧)

(١) إذا هلك المبيع قبل قبضه بأفة سماوية أو بفعل
البائع أو المبيع بطل البيع .

(ب) وإن هلك بفعل المشتري فعليه ثمنه إن كان الخيار له
أو كان البيع مطلقاً . أو ضمان مثله أو قيمته إن كان الخيار
للبائع أو كان البيع فاسداً .

(ج) وإن هلك بفعل أجنبي فالضمان عليه ، وخير المشتري بين الفسخ والإجازة^(١) .

المذكّرة الإيضاحية

لو هلك للبائع بفعل البائع أو المبيع أو بأمر مماوى بطل البيع ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن لو كان قد قبضه .

وإن هلك بفعل المشتري فعليه ثمنه إن كان البيع مطلقاً ، أو كان الخيار له ، أما لو كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً لزمه ضمان مثله إن كان مثلياً ، وقيمنه إن كان قيمياً .

وإن هلك بفعل أجنبي ، فالمشتري بالخيار ، إن شاء فسخ ويضمن الجاني للبائع ، وإن شاء أمضى البيع ودفع الثمن ، وطالب الجاني ، ويحل له ما زاد عما دفعه إن كان الضمان من خلاف الثمن . أما إذا كان من جنسه فلا تحل له الزيادة لشبهة الربا .

* • *

مادة (٣٨)

« إذا هلك بعض المبيع قبل قبضه سقط من الثمن قدر النقص ، وخير المشتري بين الفسخ والإمضاء ، وإن كان

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٤

النقصان في الوصف بأفة سماوية خير بين الأخذ بكل الثمن
أو الترك،^(١).

المذكرة الإيضاحية

إن هلك بعض المبيع قبل قبضه ، ان كان بفعل البائع سقط من
الثمن قدر النقص سواء كان نقصان قدر أو نقصان وصف ، وخير
المشتري بين الفسخ والإمضاء .

وإن كان الهلاك بفعل أجنبي ، فحكمه حكم هلاك المبيع كله
(انظر المادة ٣٦٠) .

وإن كان بأفة سماوية : فإن كان نقصان قدر طرح عن المشتري
حصة الفائت من الثمن . وله الخيار في الثافي إن شاء أخذه بحصته
وإن شاء فسخ .

وان كان نقصان وصف لا يسقط شيء من الثمن لكنه يخبر
بين الأخذ بكل الثمن أو الترك (والوصف هنا ما يدخل تحت
البيع بلا ذكر) . وكذلك الحكم إذا كان الهلاك بفعل الموقوف
عليه (المبيع) .

• • •

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٧ ، ٤٨

باب بيع التلجئة :

مادة (٣٩)

بيع التلجئة هو أن يظهر المتعاقدان عقداً لا يريدانه ، وهو كالبيع هزلاً ، فإن كانت التلجئة في نفس المبيع يفسد العقد ، وإن كانت في الثمن أو في جنسه انعقد العقد ، وكان الثمن ثمن الملاينة ، وثبت لكل منهما الخيار^(١) .

المذكرة الإيضاحية.

هذا العقد من عقود الضرورة ومحموه بالتلجئة لما فيه من معنى الإكراه^١.

وفيه ثلاث مسائل :

الأولى : أن تكون التلجئة في نفي البيع مثل أن يخاف على سلعته ظالماً أو سلطاناً فيقول : أنا أظهر البيع وليس يبيع حقيقة وإنما هو تلجئة ، ويشهد على ذلك ثم يبيعها في الظاهر من غير شرط .

(١) الاختيار ج ١ ص ١٩٤

وروى محمد في الإملاء ، أنه باطل ولم يحك خلافا وهو قوله
أبي يوسف ومحمد ووجهه أنهما اتفقا على أنهما لم يقصدا العقد فصارا
كالمازلين فلا يتعقد .

الثانية : أن تكون في البذل بأن يتفقا على ألف في السر ،
ويتبايعا في الظاهر بالعين .

روى المولى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن الثمن ثمن العلانية .
لأن المذكور في العقد هو الذى يصح العقد به ، وما ذكرناه سرّاً
لم يذكرناه حالة العقد فسقط حكمه .

وروى محمد في الإملاء أن الثمن ثمن السر من غير خلاف وهو
قولهما لأنهما اتفقا أنهما لم يقصدا الألف الزائدة فكأنهما هزلا بها .
الثالثة : اتفقا على أن الثمن ألف درهم وتبايعا على مائة دينار .

قال محمد القياس أن يبطل العقد ، والاستحسان أن يصح بمائة
دينار ، وجه القياس أن الثمن الباطل لم يذكرناه في العقد ، والمذكور
لم يقصده ، فسقط قبض بلائمن فلا يصح :

وجه الاستحسان أن المقصود البيع الجائز لا الباطل ، ولا جائز
إلا بضمن العلانية كأنهما أضربا عن السر وذكرنا الظاهر .

وليس هذا كالمسألة الأولى لأن المشروط سرّاً مذكوراً في العقد
وزيادة ، وتعلق العقد به . ويثبت لها الخيار في بيع التلجئة لأنهما

لم يقصدا زوال الملك ؛ فصار كشرط الخيار لهما ، فيتوقف
على إجازتهما .

ولو ادعى أحدهما التلجئة لم يقبل قوله إلا ببينة ، لأنه يدعى
انفساخ العقد ، ويستحلف الآخر لأنه أنكر .

• • •

بيع الوفاء :

مادة (٤٠)

« هو أن يبيع العين على أنه إذا رد عليه الثمن رد
عليه العين »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

« بيع الوفاء هو أن يبيع العين بألف على أنه إذا رد عليه الثمن
رد عليه العين .

أو أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذه العين بما لك من الدين
على أني متى قضيته فهو لي .

• • •

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٥٧

مادة (٤١)

البيع وفاء حكمه حكم الرهن . ويترب على هذا :
« أنه ليس للمشتري أن ينتفع بمنافع المبيع وفاء إلا
بإذن البائع » .

وأنه ليس لأى من المتبايعين حق التصرف فى المبيع
وفاء إلا برضى الآخر فإذا تصرف المشتري كان للبائع
أو ورثته حق استرداد المبيع .

وأنه إذا هلك المبيع وفاء فى يد المشتري سقط الدين
فى مقابلته .

المذكرة الإيضاحية

أولاً : اختلف فقهاء المذهب فى تكييف بيع الوفاء إلى ثلاثة
آراء :

(١) ابن عابدين ص ٢٥٧ ، ٢٥٨ .

١ — أن حكمه حكم الرهن وهو الصحيح ، وعليه الأكثر فلا يملكه المشتري ولا ينتفع به إلا باذن مالكة وهو ضامن لما أكل من ثمره وأتلف من شجره ، ويسقط الدين بهلاكه لو يفي ولا يضمن الزيادة ، وللبائع استرداده إذا قضى دينه لافرق بينه وبين الرهن في حكم من الأحكام .

وفي جامع الفصولين لو يبيع كرم بجنب هذا الكرم ، فالشفعة للبائع لا للمشتري ، لأن يبيع المعاملة ، ويبيع الناجثة ؛ حكمهما حكم الرهن وللراهن حق الشفعة ، وإن كان في يد المرتن .

٢ — أنه يبيع صحيح مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا أنه لا يملك يبعه . قال الزيلعي في الإكراه وعليه الفتوى .

٣ — وهو القول الجامع لبعض المحققين ، أنه فاسد في حق بعض الأحكام حتى ملك كل منهما الفسخ ، صحيح في حق بعض الأحكام كحل منافع المبيع ، ورهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري يبعه من آخر ولا رهنه ، وسقط الدين بهلاكه ؛ فهو مركب من العقود الثلاثة ، وجوز لحاجة الناس إليه بشرط سلامة البدلين لصاحبهما ، قال في البحر ، وينبغي أن يمدل في الإفتاء عن القول الجامع .

ثانياً : وإذا كان حكمه حكم الرهن فليس لأى من المتبايعين التصرف في المبيع وفاء إلا برضا الآخر ، فإذا تصرف المشتري كان للبائع أو ورثته حق استرداد المبيع ، وهذا على اعتبار أن هذا البيع رهن ، وحتى على القولين القائلين بأنه يبيع مفيد للانتفاع به ، فإنه

لا يملك المشتري بيعه كذلك ، فإذا باع كرمه وفاء من آخر ، وباعه المشتري بعد قبضه من آخر باتاً وسلمه وغاب فللبائع الأول استرداده من الثاني لأن حق الحبس وإن كان للمرتهن لكن يد الثاني مبطله ، فللمالك أخذ ملكه من المبطل فإذا حضر المرتهن أعاد يده فيه حتى يأخذ دينه .

وكذلك إذا مات البائع والمشتري الأول والثاني ، فلورثة البائع الأول الأخذ من ورثة المشتري الثاني ، ولورثة المرتهن إعادة يدهم إلى قبض دينه .

وإذا هلك المبيع في يد المشتري سقط الدين في مقابلته وهذا إذا كانت قيمة المال المبيع وفاء مساوية للدين ، وإذا كانت قيمة المال ناقصة عن الدين ، سقط من الدين بقدر قيمته ، واسترد المشتري الباقي وأخذه من البائع .

وإذا كانت قيمته زائدة عن الدين وهلك في يد المشتري سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين وضمن المشتري الزيادة إن كان الهلاك بتعديه .

أما إن كان الهلاك من غير تعد فلا يلزم أداء تلك الزيادة .

• • •

التصرف في المبيع والتمن قبل القبض :

مادة (٤٢)

« لا يصح بيع ما اشتراه قبل قبضه ، إلا إذا كان عقاراً
لا يخشى هلاكه » .^(١)

المذكّرة الإيضاحيّة

يبيع المشتري العقار الذي لا يخشى هلاكه قبل قبضه من البائع ،
يصحّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف لعدم الغرر ؛ أي غرر انفساخ العقد
على تقدير الهلاك لندرة هلاك العقار .

وقال محمد : لا يجوز .

والتعبير بالصحة دون النفاذ والازوم ، لأن البيع يكون موقوفاً
على نقد الثمن ، أو رضا البائع ؛ وإلا فللبائع إبطال بيع المشتري ،
وكذا كل تصرف منه يقبل القبض ، إذا فعله قبل القبض أو بعده ،
بغير إذن البائع ، لأن قبض المبيع قبل نقد الثمن بلا إذن البائع غير
معتبر ، لأن له استرداده وجبته الى قبض الثمن .

(١) ابن مدين ج ٤ ص ١٦٩ ، ١٧٠ ، فتح القدير ج ٤ ص ٢٦٤ ، ٢٦٥

أما بيع المنقول قبل قبضه فإنه لا يجوز ، لأن النبي ﷺ —
نهى عن بيع ما لم يقبض ، ولأن فيه غرر انفساخ العقد الأول
على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض ، فيتعين حينئذ أنه باع ملك الغير
بغير إذنه ، وذلك مفسد للعقد .

وكذلك العقار الذي يخشى هلاكه ، بأن كان علواً أو على شط
نهر ، فإنه بمنزلة المنقول من حيث لحوق الغرر بهلاكه ، فلا يصح
اتفاقاً .

والأصل « كما في الفتح » أن كل عقد يفسخ بهلاك العوض قبل
القبض ، لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه ، كالمبيع في البيع ،
والأجرة إذا كانت عيناً في الإجازة ، وبدل الصلح عن الدين إذا
كان عيناً ، لا يجوز بيع شيء من ذلك ، ولا أن يشرك فيه غيره .

وما لا يفسخ بهلاك العوض ، فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر ،
وبدل الخلع ، إذا كان كل منهما عيناً ، يجوز التصرف فيه قبل قبضه ،
وهذا القول لأبي يوسف .

وقال محمد : كل تصرف لا يتم إلا بالقبض ، كالهبة . والصدقة ،
والرهن ، والقرض فهو جائز ، لأنه يكون نائباً عنه ، ثم يصير
قابضاً لنفسه .

وعلى هذا فغير البيع من التصرفات التي لا تتم إلا بالقبض ، كالهبة
ونحوها ، تجوز اتفاقاً لاتقاء علة المنع .

...

مادة (٤٣)

« إذا اشترى ما يقدر بالعد ، أو الكيل ، أو الوزن ، بشرط : كيلاه ، أو عدده ، أو وزنه ، فليس له التصرف فيه حتى يتحقق الشرط » .^(١)

المذكرة الإيضاحية

قال في التوير : اشترى مكيلا ، بشرط الكيل ، حرم بيعه وأكله حتى يكيلاه ، ومثله الموزون ، والمعدود غير الدراهم والدنانير .

والمراد بالحرمة : الكراهة ، من حديث جابر — رضى الله عنه — أنه — عليه السلام « نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان ، صاع البائع ، وصاع المشتري » .

وقال صاحب الدر المختار : وقد صرحوا بفساده — قال ابن عابدين : صرح محمد في الجامع الصغير بمانعه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال : إذا اشترت مما يكال أو يوزن أو يعد ، فاشترت ما يكال كيلا ، وما يوزن وزناً ، وما يعد عدأ ، فلا تبعه حتى تكيلاه وتزنه وتعدده ، فإن بعته قبل أن تفعل وقد قبضته ، فالبيع فاسد في الكيل والوزن .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧١ ، ١٧٣ .

قلت : وظاهره أن للفاسد هو البيع الثاني « وأن الأول وقع صحيحاً » والعملة كون السكيل من تمام القبض ، فإذا باعه قبل كيله فكأنه باع قبل القبض ، ويبيع المنقول قبل قبضه لا يصح (انظر المادة السابقة) .

وحقق ابن عابدين المسألة فقال : والتحقيق أن يقال : إذا ملك زيد طعاماً يبيع مجازفة أو يارث ونحوه ، ثم باعه من عمرو مكالمة سقط هنا صاع البائع .

ويكفي التقدير الذي يتم في حضرة المشتري قال : وكفى كيله من البائع بحضرته بعد البيع حتى لو لم يره المشتري ..

وعن القنية : لو اشترى من البائع كذا منا ، فبزه في حانوته ، ثم يخرج به إليه موزناً ، لا يجب عليه إعادة الوزن ، وكذا إذا لم يعرف عدد سنجاته ... ١٠٠ هـ

قال صاحب الدر : واستثنى ابن السكال من الموزون ما يضره للتبيع ، لأن الوزن حينئذ وصف .

قال ابن عابدين : وما يضره التبيع كمصوغ ، فيجوز التصرف فيه قبل وزنه ، ولو اشتراه بشرطه .

مادة (٤٤)

إذا اشترط ما يقدر بالذراع بشرط الذراع ، فله أن يتصرف

فيه قبل تحقق الشرط ، إلا أفرد لكل ذراع ثمناً ، فليس له التصرف حتى يذرعه .^(١)

المذكرة الإيضاحية

قال في التنوير : لا المذروع قبل زرعه وإن اشتراه بشرطه ، إلا إذا أفرد لكل ذراع ثمناً ، فهو كموزون .

وشرح صاحب الدر هذا النص فقال : لا يحرم المذروع قبل زرعه وإن اشتراه بشرطه إلا إذا أفرد لكل ذراع ثمناً فهو في حرمة ما ذكر كموزون .

والأصل : أن الذرع وصف لا قدر فيكون كله للمشتري إلا إذا كان مقصوداً ، قال ابن عابدين : بأن أفرد لكل ذراع ثمناً لأنه بذلك للتحقق بالقدر في حق ازدياد الثمن ، فصار البيع في هذه الحالة ، هو الثوب المقدر ، وذلك يظهر بالذرع ، والقدر معقود عليه في المقدرات حتى يجب رد الزيادة فيما لا يضره التبعيض ، ويلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره ، وينقص من ثمنه عند إنقاصه أه ط عن الزيلعي .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧٣ .

مادة (٤٥)

يصح التصرف في الثمن قبل قبضه إذا لم يكن ديناً
في الذمة ، فإن كان جاز تملكه من المشتري دون غيره . (١)

المذكرة الإيضاحية

الثمن : ما ثبت في الذمة ديناً عند المقابلة ، وهو النقدان ، والمثلثات
إذا كانت معينة وقوبلت بالأعيان ، أو غير معينة وصحها حرف الباء .
والثمن تارة يكون حاضراً كما إذا اشترى الدابة بهذه الدراهم فهذا
يجوز التصرف فيه قبل قبضه بهمة أو غيرها من المشتري وغيره .
وتارة يكون ديناً في الذمة كما إذا اشترى الدابة بعشرة دراهم في
الذمة فهذا يجوز التصرف فيه بتملكه من المشتري فقط لأنه تملك
الدين ولا يصبح إلا بمن هو عليه .

* * *

ما يلحق بأصل بالعقد :

مادة (٤٦) :

« الزيادة في الثمن من المشتري تلتحق بأصل العقد إذا
قبلها البائع في مجلس الزيادة » . (٢)

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧٣ .

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧٤ ، ١٧٥ وفتح القدير ج ٥ ص ٢٧٢ .

المذكرة الإيضاحية

تصح الزيادة في الثمن ولو من غير جنسه في المجلس أو بعده من المشتري أو وارثه (خلاصة) أو من أجنبي (ابن ملك) إن قبل البائع في المجلس (مجلس الزيادة) فلو بعده بطلت وكان البيع قائماً فلا تصح بعد هلاكه ولو حكما على ظاهر الرواية بأن باعه مم شمراء ثم زاده ، لأن تبدل الملك كتبدل العين ، وإنما لم تصح الزيادة بعد الهلاك ، لفوات محل العقد . بخلاف ما لو أجر أو رهن أو جعل الحديد سيقاً ، لقيام الإسم والصورة ببعض المنافع .

والزيادة تلتحق بأصل العقد بالاستناد : وهو أن يثبت أولاً في الحال ، ثم ليستند إلى وقت العقد ، ولهذا لا تثبت الزيادة في صور هلاك المبيع ، لأن ثبوته في الحال متعذر ، لانتفاء المحل ، فتعذر استناده ، كالبيع الموقوف لا ينبرم بالإجازة بعد هلاك المبيع وقتها .

ووروى الحسن عن أبي حنيفة أنه تصح زيادة الثمن بعد هلاك المبيع ، فيجعل المعقود عليه قائماً تقديراً ، وتجعل الزيادة تغييراً كما جعل قائماً إذا اطلع المشتري على عيب كان قبل الهلاك ، حيث يرجع بنقصان العيب وهذا لأن قيام المقد بالعاقدين لا بالمحل ، واشترط المحل لإثبات الملك أو إبقائه بطريقة للتجدد ، فلم يكن لإبقاء العقد في حقه فائدة ، فأما فيما وراء ذلك فقيه فائدة ، فنتقي .

مادة (٤٧) :

«حط البائع من الثمن يلتحق بأصل العقد إذا قبله المشتري
في مجلس الحط ولو بعد هلاك المبيع وقبض الثمن» . (١)

المذكرة الإيضاحية

يصح الحط من الثمن ولو بعد هلاك المبيع وقبض الثمن إذا قبل
المشتري في مجلس الحط . وإنما صح الحط بعد الهلاك ، لأنه بحال
يمكن إخراج البدل عما يقابله لكونه إسقاطاً والإسقاط لا يستلزم
موت ما يقابله فيثبت الحط في الحال .

ويلتحق الحط بأصل العقد إذا كان من البائع ، أما من وكيله
فإنه يسح ويضمنه للأمر ولا يلتحق بأصل العقد ، ففي شفعة الحانية :
الوكيل بالبيع إذا باع الدار بألف مم حط عن المشتري مائة صح وضمن
المائة للأمر وبرى المشتري عنها ، ويأخذ الشفيع الدار بالألف ، لأن
حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد .

وبطل حط الثمن كله ولا يلتحق بأصل العقد ، ويسقط الثمن
عن المشتري ، ويصح العقد ، ويظهر أثر التحاق الزيادة والحط
بأصل العقد :

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧٥ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢٧٢

في التولية والمراجعة ، فيولى ويراجع على الكل في الزيادة وعلى الباقي بعد الحط .

وفي الشفعة ، فيأخذ الشفيع بما بقى في الحط فقط دون الزيادة ، لأن في الزيادة إبطال حق الشفيع الثابت قبلها ، فلا يملكه ، فله أن يأخذ بدون الزيادة .

وفي الاستحقاق : فيرجع المشتري على البائع بالكل ، ولو أجاز المستحق البيع أخذ كل الثمن والزيادة .

وفي حبس المبيع : حيث للبائع أن يحبسه حتى يقبض الزيادة .

وفي فساد صرف : فلو باع الدراهم بالدراهم متساوية ، ثم زاد أحدهما أو حط وقبل الآخر ، وقبض الزائد في الزيادة ، أو المردود في الحط ، فسد العقد ، كأنهما عقداً كذلك من الابتداء عند أبي حنيفة (زيلعي) .

* * *

مادة (٤٨) :

الزيادة من البائع في المبيع « غير السلم » تلتحق بأصل العقد ، إذا قبلها المشتري في مجلس الزيادة .^(١)

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧٥ ، ١٧٦ .

المذكرة الإيضاحية

تصح الزيادة من البائع في المبيع ويلزمه دفعها ، إذا كان المبيع غير مسلم ، وقبل المشتري ذلك في مجلس الزيادة .

وإنما قيد يكون المبيع غير مسلم ، لأن المسلم فيه « المبيع » لا تجوز الزيادة فيه ، لأنه معدوم حقيقة ، وإنما جعل موجودا في الذمة لحاجة المسلم إليه ، والزيادة في المسلم فيه لا تدفع حاجته ، بل تزيد في حاجته فلا تجوز (زيلعى) .

وتلتحق الزيادة بأصل العقد ، حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حسنتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شيء من الثمن بهلاكها قبل القبض .

ولا يشترط للزيادة هنا قيام المبيع ، فتصح بعد هلاكه ، لأنها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم (بجر عن الخلاصة) .

مادة (٤٩) :

يصح الخط من المبيع إن كان المبيع ديناً ، وقبل المشتري في المجلس .^(١)

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٧٦ .

المذكرة الإيضاحية

يصح الخط من المبيع إن كان المبيع ديناً ، وإن كان عيناً لا يصح
لأنه إسقاط ، وإسقاط العين لا يصح ، بخلاف الدين فيرجع المشتري
على البائع بما دفع في براءة الإسقاط لا في براءة الاستيفاء ، لأن براءة
الإسقاط تسقط الدين عن الذمة كأن يقول : أسقطت وحططت ،
وبراءة الاستيفاء عبارة عن الإقرار بأنه استوفى حقه وقبضه كأن
يقول : أبرأتك براءة استيفاء أو قبض .

* * *

الاستحقاق :

مادة (٥٠) :

(أ) الاستحقاق هو ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير .

(ب) ويكون مبطلاً للملك إذا ورد على محل لا يقبل التملك ،
وإلا فهو ناقل له .^(١)

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٩٩ .

المذكّرة الإيضاحيّة

الاستحقاق : هو طلب الحق ، فالسين والتاء للطلب ، لكن في المصباح : استحق فلان الأمر ، استوجبه ، قاله الفارابي وجماعة ، فالأمر مستحق ، ومنه خرج المبيع مستحقا ١٥١ . فأشار إلى أن معناه الشرعي موافق للغوى وهو كون المراد بالاستحقاق : ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير .

والاستحقاق نوطان :

(أ) مبطل للملك ، وذلك إذا ورد على محل لا يقبل التملك ، كالعتق ، والحرية الأصابية ، وينضح حكمه في المادة (٥١) .

(ب) وناقل للملك من شخص إلى آخر ، ويتضح حكمه في المادة (٥٢) .

مادة (٥١) :

الاستحقاق المبطل للملك يوجب فسخ العقد ، واسكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه ، وإن لم يرجع عليه .^(١)

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٠١ ، ٢٠٢ .

المذكرة الإيضاحية

الاستحقاق المبطل للملك يوجب فسخ العقود اتفاقاً بلا حاجة
في انفساخ كل منها إلى حكم القاضي (درر) .

ولكل واحد من الباعة الرجوع على بائعه بالثمن ، فلو أقام العبد
بينة أنه حر الأصل أو أنه كان عبداً لفلان فأعنفه ، أو أقام رجل للبينة
أنه عبده دبره ف قضى بشيء من ذلك فلكل واحد — وإن لم يحصل
الرجوع عليه — أن يرجع على بائعه قبل القضاء عليه . ويرجع هو أيضاً
على بائعه .



مادة (٥٢) :

الاستحقاق الناقل للملك ، لا يوجب الفسخ ، ويتوقف
على إجازة المستحق والحكم به حكم على ذى اليد ، وعلى من
تلقى الملك منه .

ولا يرجع أحد من المشتريين على بائعه إلا بعد الرجوع عليه. (١)

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٩٩ ، ٢٠١ .

المذكرة الإيضاحية

الاستحقاق الناقل للملك من شخص إلى آخر كالأستحقاق بالملك بأن ادعى أن ما في يد فلان ملك له وبرهن . وهو لا يوجب فسخ العقد على الظاهر ، لأنه لا يوجب بطلان ملك المشتري ، بل يوجب توقفه على إجازة المستحق أو فسخه .

واختلف في البيع متى يفسخ ، فقليل إذا قبض المستحق ، وقيل بنفس القضاء والصحيح أنه لا يفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن ، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له ، أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح ، وفي ظاهر الرواية لا يفسخ ما لم يفسخ وهو الأصح .

والحكم بالاستحقاق حكم على ذى اليد ، حتى يؤخذ المدعى من يده (دور) وهذا إذا كان خصما ، فلا يحكم على مستأجر ونحوه لأنه ليس بخصم ، وحكم على من تلقى ذو اليد الملك منه فإن قال « مثلا » عند الحكم عليه : اشتريت هذه العين من فلان « مثلا » كان الحكم عليه حكما على من اشترى منه ولو كان مورثه ويتعدى إلى بقية الورثة (أشياء) .

وليس لأحد من المشتري أن يرجع على بائعه بالثمن ، ما لم يرجع المشتري منه عليه بالثمن ، لثلا يجتمع الثمان في ملك واحد ، لأن في يده

ثُمَّنا ، فلو رجع بالثمن على بائعه قبل أن يرجع عليه ، اجتمع في ملكه ثمنان .

* * *

مادة (٥٣) :

إذا ثبت الاستحقاق بينة المستحق ، فللمشتري الرجوع على البائع بالثمن .

أما إذا كان الاستحقاق بإقرار المشتري أو وكيله بالخصومة ، أو بنكولهما فليس له الرجوع^(١).

المذكرة الإيضاحية

يثبت للمشتري الرجوع بالثمن على البائع إذا استحق البيع ، وكان الاستحقاق وارداً على ملك البائع الكائن من الأصل ، أما إذا ورد عليه بعد ما صار إلى حال لو كان غصباً ملكه به لا يرجع ، لأنه متيقن للكذب ، كما لو اشترى ثوباً فقطعه وخاطه ثم استحق بالبينة ، لا يرجع للمشتري على البائع بالثمن ، لأن الاستحقاق ما ورد على ملكه ، لأنه لو كان ملكه في الأصل انقطع بالقطع والخياطة ، كمن غصب ثوباً فقطعه وخاطه ملكه .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٠٢ ، ٢٠٣ .

ولو برهن أنه كان له قبل هذه الصفة يرجع بالتمن .
 وإنما يثبت الرجوع للمشتري إذا ثبت الاستحقاق بالبينة ، لأنها
 حجة متعمدة تظهر في حق كافة الناس . لأنها لا تعير حجة إلا بقضاء
 القاضى ، وللقاضى ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة .
 أما إذا ثبت الاستحقاق باقرار المشتري ، أو وكيله بالخصومة ،
 أو بنكولهما ، فلا رجوع لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ،
 لا يتعداه إلى غيره ، لعدم ولايته عليه .

* * *

مادة (٥٤) :

التنافس في دعوى الملك لعين أو منفعة يمنع الدعوى ،
 ولا يمنع فيما خفي سببه^(١) .

المذكرة الإيضاحية

التنافس في الدعوى — بمعنى التدافع في الكلام — يمنع دعوى
 الملك لعين أو منفعة إذا كان الكلام الأول قد أثبت لشخص معين حقاً ،
 كما إذا ادعى شخص على آخر أنه أخوه ، وادعى عليه النفقة ، فقال

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٠٥ ، ٢٠٦

المدعى عليه ليس هو بأخى ، ثم مات المدعى عن تركه فجاء المدعى عليه يطلب ميراثه إن قال هو أخى لم يقبل للتناقض .

أما إذا لم يثبت لآخر حقاً لم يمنع ، كقول المدعى لا حق لى على أحد من أهل بلدة كذا (مثلاً) ثم ادعى شيئاً على أحد منهم ، تصح دعواه (كما فى المؤيدية عن صدر الشريعة) .

ولا يمنع التناقض دعوى ما خفى سببه كالنسب والطلاق وغيرها ، كما إذا اشترى ثوباً فى منديل ، ثم زعم أنه له ولم يعرفه تقبل دعواه . ومثال النسب : لو باع عبداً (مثلاً) ولد عنده ، وباعه المشتري من آخر ، ثم ادعى البائع الأول أنه ابنه تقبل دعواه ، ويبطال الشراء الأول والثانى ، لأن النسب يبتنى على العلوق فيخفى عليه ، فيعذر فى التناقض .

ومثال الطلاق : إذا برهنت المرأة على أنها طلقت ثلاثاً ، وكانت قبل قد خالعت الزوج على مال ، قبل برهانها ، واستردت بدل الخلع ، لأن الزوج يستقل بالطلاق بدون علمها .

مادة (٥٥) :

لا تسمع دعوى الاستحقاق على المبيع قبل قبضه حتى يحضر البائع والمشتري عند القاضى للحكم عليهما^(١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٠٧ .

المذكرة الإيضاحية

إذا اشترى شيئا ولم يقبضه ، حتى ادعاء آخر أنه له ، لا تسمع دعواه بدون حضور البائع والشري للقضاء عليهما ، لأن ذلك للشري ، واليد للبائع ، والمدعى يدعيهما ، فشرط القضاء عليهما حضورهما (فتح) . ولو قضى له بمحضرتها ، ثم برهن أحدهما على أن المستحق باعه من البائع ، ثم هو باعه من الشري ، قبل ولزم البيع .

وصل في الخيارات

خيار الشرط :

مادة (٥٦) :

« يصح خيار الشرط المتبايعين معا ، أو لأحدهما ، أو لغيرهما ، مع ثبوت الخيار لهما مع ذلك الغير ، في المبيع كله أو بعضه ، أثناء العقد وبعده » (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩

المذكرة الإيضاحية

الخيارات سبعة عشر كما حددها في الدر : خيار الشرط ، خيار الرؤية ، خيار العيب وهذه الثلاثة خصص لكل منها باب على حدة . أما باقي الخيارات فلم يفرد كل منها باب وهي : خيار تعيين ، وغبن ، ونقد ، وكية ، واستحقاق ، وتقرير فملى ، وكشف حال ، وخيانة مراجحة ، وتولية ، وفوات وصف مرغوب فيه ، وتفريق صفقة بهلاك بعض مبيع ، وإجازة نقد الفضولى ، وظهور المبيع مستأجرا ، أو مرهونا .

وخيار الشرط جائز في البيع ، وهو يمنع ابتداء الحكم ، ويكون للعتايين معا ، ولأحدهما ، ولو كان وصيا ، أو وكىلا ، ولغير البائع والمشتري ، كما إذا اشترى على أن يكون الخيار لغيره ، ويثبت للمتعاقدين الخيار مع ذلك الغير .

وشرط صحة الخيار أن يكون أثناء العقد أو بعده ، ولا يصح شرطه قبل العقد مثل أن يقول : جعلتك بالخيار في البيع الذى تعقده ، ثم اشترى مطلقا لم يثبت الخيار .

وخيار الشرط يكون فى المبيع : سواء كان البيع صحيحاً أو فاسداً . وفائده فى البيع الفاسد ، أنه لو كان الخيار للبائع ، أوله وللمشتري ، وقبضه المشتري بإذن البائع لا يدخل المبيع فى ملك المشتري مع أنه لو لا الخيار للملكه بالقبض .

ويكون في المبيع كله أو بعضه كملكه أو ربه ، فيما لو كان المبيع متعددا ، وشرط الخيار في معين منه مع تفصيل الثمن ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الخيار البائع أو للمشتري .

* * *

مادة (٥٧) :

« مدة خيار الشرط ثلاثة أيام أو أقل ، فإن شرط أكثر منها فسد البيع ، إلا إذا جاز من له الخيار البيع في الأيام الثلاثة »^(١).

المذكرة الإيضاحية

مدة خيار الشرط ثلاثة أيام أو أقل ، والتحديد بالثلاثة مأخوذ من قول الرسول عليه السلام لجبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري : « إذا بايعت فقل لا خلافة ولى الخيار ثلاثة أيام » .

ولا يجوز اشتراط أكثر من الثلاثة عند أبي حنيفة وزفر ، فلو شرط أكثر منها : فإن أجاز من له الخيار في الثلاثة ، ينقلب صحيحاً عند أبي حنيفة ، لأنه وقد زال المفسد قبل تقريره ، وذلك أن المفسد

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩

ليس هو شرط الخيار ، بل وصله باليوم الرابع ، فإذا أسقطه تحقق زوال المعنى المفسد قبل مجيئه ، وبقي العقد صحيحاً .

وقال زفر : لا يجوز لأنه انعقد فاسداً فلا ينقلب صحيحاً .

وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز اشتراط الخيار لأكثر من ثلاثة أيام إذا مضى مدة معلومة ، لحديث ابن عمر أنه أجاز الخيار لشهرين . أما لو اشترط الخيار مطلقاً دون تحديد مدة ، فإنه يفسد عند الجميع .

ومن هذا يفهم أن خيار الشرط أنواع :

١ — جائز بالاتفاق : إذا كان ثلاثة أيام فأقل .

٢ — مختلف فيه : إذا كان أكثر من ثلاثة أيام ، فإنه فاسد عند أبي حنيفة وزفر . جائز عند أبي يوسف ومحمد .

٣ — فاسد بالاتفاق : إذا كانت للمدة مجهولة .

مادة (٥٨) :

« خيار البائع لا يخرج المبيع عن ملكه ، فإن قبضه المشتري وهلك فعليه قيمته وخيار المشتري يخرج المبيع عن

ملك البائع ، فإن قبضه المشتري وهلك فعليه ثمنه ، ولا يخرج شيء من مبيع أو ثمن إذا كان الخيار لهما ، (١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا كان خيار الشرط للبائع ، فإن المبيع لا يخرج عن ملكه ؛ لأن الخيار يمنع الحكم ، وهو نقل الملك ، فإن هلك في يده انفسخ البيع ، وإن تعيب بغير فعله خير المشتري بين الأخذ بكل الثمن أو الترك ، وإن تعيب بفعله سقطت حصة الميعب من الثمن .

وإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع أو بغير إذن فملك في يده ، فإن كان في مدة الخيار ، فعليه قيمته يوم قبضه ؛ لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفا ، ولا نفاذ بدون بقاء المحل ، فبقي المبيع مقبوضا في يد المشتري على سوم الشراء وفيه القيمة ؛ لأن المقبوض على سوم الشراء فيه القيمة ، وإن كان قبضه على سوم النظر بأن يقول : هاته حتى أنظر إليه أو أريه غيره ، فغير مضمون مطلقا ؛ لأنه لا يكون رضا بالشراء بالثمن المسمى ، أما لو استهاك المشتري ، فإنه يضمن قيمته .

وإن كان الهلاك بعد مضي مدة الخيار بلا فسخ فعليه ثمنه لسقوط الخيار .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٥١ ، ٥٢ ، ٥٣ ، ٥٤ ، ٥٥

وإذا كان الخيار للمشتري ، فإن المبيع يخرج عن ملك البائع ؛ لأن البيع في جانبه لازم ، فإذا قبضه المشتري وهلك يده فعليه ثمنه ؛ لأن الملاك لا يخلو عن مقدمة عيب يمنع الرد ، فيهلك وقد انبرم البيع ، ويلزم الثمن .

وإذا أخرج المبيع عن ملك البائع لامتلاكه للمشتري عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : يملكه لثلاثين سائبة لأمالك لها . ورد أبو حنيفة : بأن السائبة هي التي لأمالك فيها لأحد ولا تعلق ملك ، والتعلق موجود هنا ، وهو علقه الملك للبائع ، إذ قد يرد عليه فيعود إليه حقيقة ملكه ، وعلقه ملك للمشتري إذ قد يسقط خياره فيكون له ، ثم قال : يلزم على مذهبكم اجتماع البديلين في يد المشتري ؛ لأن الثمن لم يخرج عن ملكه ، ولا أصل لذلك في الشرع ، ويلزم أيضاً إثبات الملك للمشتري بمجرد البيع مع خياره ، فيلحقه نقيض مقصوده .

وإذا كان الخيار للبائع والمشتري ، لا يخرج شيء من مبيع أو ثمن من ملك كل منهما اتفاقاً ، وأيهما فسخ في المدة انفسخ البيع وأيهما أجاز بطل خياره ، وصار العقد باتاً من جانبه والآخر على خياره ، فإن أجاز ثم العقد ، وإن فسخ بطل ، وإن لم يوجد فسخ ولا إجازة حتى مضت المدة ، ازم البيع .

مادة (٥٩) :

«إذا أجاز من له الخيار صحت إجازته ولو مع جهل صاحبه . فإن كان الخيار لهما وفسخ أحدهما فليس للآخر الإجازة .

فإن كان الفسخ بالقول فلا يصح إلا إذا علم الآخر في المدة ، فإن لم يعلم لزم العقد ، أما إن كان الفسخ بالفعل صح بلا علم الآخر»^(١) .

المذكرة الإيضاحية

من شرط له الخيار بائناً كان أو مشترياً أو أجنبياً ، فله أن يفسخ في المدة وله أن يمجيز ، فإذا كان الخيار للبائع فالإجازة تحصل بأحد ثلاثة أشياء : بأن يقول : أجزت ، أو بموته في مدة الخيار ، لأن خيار الشرط لا يورث ، فيكون العقد بموته نافذاً ، أو بأن تمضي مدة الخيار من غير فسخ .

ومن جانب المشتري تحصل الإجازة بأحد هذه الأمور الثلاثة ،

(١) فتح القدير ج ٥ ص ١٢٠ ، ١٢١

أو بأن يصير المبيع في يده إلى حال لا يملك معها فسخه . كهلاك
المعقود عليه وانتقاضه .

والإجازة من البائع أو المشتري جائزة ، ولو بغير حضرة الطرف
الآخر ، فإن كان الخيار لهما . وفسخ أحدهما فليس للآخر الإجازة ؛
لأن المفسوخ لا تلحقه الإجازة .

والفسخ يكون بالفعل وبالقول .

فالفسخ بالفعل . كأن يتصرف البائع في المبيع في مدة الخيار
تصرف الملاك كبيعه له ، أو أن يكون الثمن عيناً فيتصرف المشتري
فيه تصرف الملاك ، فإن العقد يفسخ سواء في ذلك حضور الآخر
وعدم حضوره ، لأنه فسخ حكماً ، والشئ قد ثبت حكماً وإن كان
يبتل قصداً .

والفسخ بالقول : بأن يقول البائع أو المشتري : فسخت ، فإن كان
ذلك بعم الآخر انفسخ العقد اتفاقاً ، وإن كان بغير علمه فلا يجوز
الفسخ عند أبي حنيفة ومحمد ولزم العقد ، لأنه تصرف في حق الغير ،
وهو العقد بفسخه ، وهو لا يخلو عن المضرة ، لأنه كان الخيار للبائع
وفسخ بدون علم المشتري ، فالمشتري ربما يعتمد تمام البيع السابق
فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع ، وقد تكون القيمة
أكثر من الثمن ، ولا خفاء في كونه ضرراً . وإن كان الخيار للمشتري
فالبائع ربما لا يطلب لسلعته مشترى ، وقد تكون المدة أيام رواج بيع

المبيع ، وفي ذلك ضرر لا يخفى ، والتعريف المشتمل على ضرر
 في حق الغير يتوقف على علمه لاحالة كعزل الوكيل .
 وقال أبو يوسف : يجوز الفسخ بدون علم الآخر ، لأن من له
 الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه ، وكل من هو كذلك
 لا يتوقف فعله على علم صاحبه كالإجازة .

مادة (٦٠) :

« يتم العقد بموت من له الخيار ، وبمضى المدة ، ويطلب
 المشتري الشفعة بالمبيع إذا كان الخيار له ، وبكل تصرف
 لا ينفذ ولا يحل إلا بالملك »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

يتم العقد بحصول الإجازة بواحد مما ذكر في نص المادة كموت
 من له الخيار بائناً كان أو مشترياً ، أما موت غيرهما من شرط له الخيار
 فإن العقد لا يتم بموته . بل الخيار باق لمن شرط له ، فإن أمضى العقد
 مضى ، وإن فسخه انفسخ (كما في الفتح) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٥٧ ؛ ٥٨ . ٥٩

وفى جامع الفصولين ، لو كان الخيار لهما فأت أحدهما لزم البيع من جهته والآخر على خياره ، وفيه أيضاً وكيل البيع أو الوصى باع بخيار ، أو المالك باع بخيار لغيره ، فأت الوكيل أو الوصى ، أو الموكل ، أو من باع بنفسه ، أو من شرط له الخيار ، يتم البيع عند محمد فى كل ذلك ، لأن لكل منهم حقاً فى الخيار .

والجنون كالموت :

ولا يخلف الوارث من مات على الخيار ، لأن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله ، والإرث فيها لا يقبل الانتقال ، وكذا لا يورث خيار الرؤية ، وخيار التغيرير ، وخيار النقل ، لأن الأوصاف لا تورث ، أما خيار العيب ، والتميين ، وفوات الوصف المرغوب ، فيخلفه الوارث فيها ، لأنه يرث خياره ، لأن المورث استحق المبيع سليماً من العيب ، فكذا الوارث ، وكذا خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء ، لاختلاط ملكه بملك غيره لا أن يورث الخيار وكذا لا يورث خيار المجلس ، وخيار الإجازة فى بيع الفضولى .

ويتم أيضاً بمضى مدة الخيار قبل الفسخ ، لأنه لم يثبت الخيار الا فيها ، فلا بقاء للخيار بعدها ، وان لم يعلم بمضى المدة لمرض أو اغماء لأن المسقط هو مضى المدة من غير اختيار . لذا لو أفاق فيها وفسخ جاز (بحر) .

كذلك يتم العقد أيضاً بطلب المشتري الشفعة بالمبيع وان لم يأخذه ، كما إذا اشترى داراً بشرط الخيار له ، وبيعت أخرى بجانها ، فبطلبه

الشفعة بسبب الدار التي اشتراها سقط خياره فيها وتم البيع . أما لو كان الخيار للبائع فان خياره باق بعد طلب الشفعة ، لأن ملكه باق بخياره ، بخلاف المشتري ، لأنه لا ملك له مع خياره فطلب الشفعة دليل التملك .

كما يتم أيضاً بكل تصرف لا ينفذ ولا يجل إلا في الملك كاجارة ولو بلا تسليم في الاصح ، وبيع ، ورهن ، وهبة .

مادة (٦١) :

« إذا اشترط أحد المتبايعين الخيار الأجنبي ، فإن أجاز هو أو الأجنبي أو نقض صح إن وافقه الآخر وإن أجاز أحدهما وعكس الآخر فالأسبق أولى ، وإن جهل السابق فالفسخ أحق ، إلا إذا تراضيا على إعادة العقد »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

لو اشترط البائع أو المشتري خيار للشرط الأجنبي صح استحساناً ، وثبت الخيار لهما ، فإن أجاز أحدهما من اللائب والمستتيب أو نقض

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٥٩ ، ٦٠

صح إن وافقه الآخر ، وإن أجاز أحدهما وعكس الآخر ، فالأسبق
أولى لعدم المزاحم ، لأن الأسبق ثبت حكمه قبل المتأخر ، فلم يعارضه
المتأخر ، لتقدمه عليه في الزمن ، ولو كانا معاً بحيث لا يعلم السابق منهما ،
فالأصح أن الفسخ أحق ، لأن المجاز يفسخ ، والمفسوخ لا يجاز ، فصار
الفسخ أقوى لكونه لا ينقض بالإجازة ، فلذا كان أحق وهو قول
أبي يوسف .

وبروي ترجيح تصرف للعائد لقوته ، لأن النائب يستفيد الولاية
منه ، وقيل هو قول محمد .

ولو تنافسا خائم تراضيا على إعادة العقد بينهما بالإيجاب والقبول
أو التعاطي جاز على أنه عقد ابتداء .
والقياس أنه لا يجوز اشتراط خيار الشرط لأجنبي وهو
قول زفر .

مادة (٦٢) :

« إذا كان المبيع قيعين ، وكان الخيار في أحدهما لزم
لصحة البيع تفصيل ثمن كل ، وتعيين الذي فيه الخيار »^(١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٦٠

المذكرة الإيضاحية

من باع أو اشترى قيميين كشافين على أنه بالخيار في إحداها ثلاثة أيام ، فإن حدد لكل شاة ثمناً ، وعين التي فيها الخيار ، صح المبيع للمعلم بالمبيع والتمن ، وإن لم يعين ولم يحدد ثمناً لكل من القيميين ، أو عين الذي فيه الخيار ، ولم يحدد ثمن كل منهما ، أو حدد ثمن كل منهما ، ولم يعين الذي فيه الخيار ، لا يصح البيع ، إما لجهالة المبيع والتمن فيها إذا لم يبين ولم يفصل ، لأن الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع في حق الحكم ، لأن الخيار يمنع ابتداء الحكم فكانه خارج عن البيع ، والبيع إنما هو في الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ، ثم إن ثمن المبيع مجهول ، لأن الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالأجزاء . وإما لجهالة أحدهما ، فثمن إذا عين ولم يفصل ، أو المبيع إذا فصل ولم يعين .

* * *

مادة (٦٣) :

د إجازة الشريك المبيع في مدة الخيار تبطل خيار شريكه ، (١) .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ١٣٤ ، ١٣٥

المذكرة الإيضاحية

لو اشترى رجلان دابة على أنهما بالخيار ، ورضى أحدهما بالبيع بطل خيار الآخر ، وليس له أن يرد المبيع وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأن المبيع خرج عن ملك البائع غير معيب بميب الشركة ، فلو رده أحدهما رده معيباً بميب الشركة ، وفيه إلزام ضرر زائد ، فإن البائع كان بحيث ينتفع بالمبيع متى شاء وكيف شاء ، فصار بحيث لا يقدر على ذلك إلا بطريق المهياة ، والخيار ما شرع لدفع الضرر عن أحدهما بإلحاقه بالآخر .

وقال أبو يوسف ومحمد : لثاني أن يرده ، لأن إتيان الخيار لهما إثبات لكل منهما ، فلا يسقط حقه بإسقاط صاحبه حقه .

وكذلك الحكم — على الخلاف المذكور — لو اشترى شيئاً ورضى أحدهما بالعيب فيه ، أو اشترياه ولم يرياه ثم رأياه ورضى أحدهما دون الآخر ، لم يكن للآخر رده عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما له ذلك .

* * *

مادة (٦٤) :

(١) إذا اختلف المتبايعان في ثبوت خيار الشرط ، أو في مضيه ، أو في الأجل ، أو في إجازة البيع ، فالقول لمن ينفيه .

(٩) تقنين الشريعة ج ٤ - ١٢٩

(ب) وإن اختلفا في تعيين المبيع الذى فيه خيار الشرط عند الإجازة فالقول للمشتري إن كانت السلعة مقبوضة ، وإن كانت غير مقبوضة ، فالقول لمن لا خيار له ،^(١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا اختلف البائع والمشتري في ثبوت الخيار ، فالقول للمنكر ، لأن الخيار لا يثبت إلا بالشرط ، فكان من العوارض فيكون القول لمن ينفيه .

وإذا اختلفا في مضي مدة الخيار ، فالقول لمنكر المضي ، لأنها تصادقا على ثبوت الخيار ، ثم ادعى أحدهما السقوط بمضى المدة ، فالقول للمنكر (درر) .

كذلك الحكم أيضاً لو اختلفا في إجازة البيع ممن له الخيار ، كما إذا ادعى البائع على المشتري بالخيار أنه أجاز البيع . وأنكر المشتري ، فالقول قوله ، لأن البائع يدعى سقوط الخيار ووجوب الثمن وهو منكر .

وإذا اختلفا في قدر الأجل ، فالقول لمن يدهى أخصر الوقتين ، لأن الآخر يدعى زيادة شرط عليه وهو منكر (درر) .

أما لو اختلفا في تعيين المبيع الذى فيه خيار الشرط عند إجازة

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ٦٢ . ٦٣ ،

العقد بمن له الخيار ، فإن كانت السلعة مقبوضة ، فالقول للمشتري سواء كان الخيار له أو للبائع ، وإن كانت غير مقبوضة والخيار للمشتري فالقول للبائع ، وإن كان الخيار للبائع فالقول للمشتري (بحر) .

* * *

مادة (٥٦) :

« يعتبر قول المشتري بالخيار من يمينه إذا اختلف من البائع في عين المبيع عند رده إلى البائع ، ما لم تقم للبائع بينة » .^(١)

المذكرة الإيضاحية

اشترى شيئاً على أنه بالخيار ، فرد غيره بدله على أنه هو قائلاً : بأن هذا الشيء هو الذي اشتريته منك ، فقال البائع : ليس هو ، فإن كانت للبائع بينة على ذلك فالقول قوله ، وإن لم تكن له بينة ، فالقول للمشتري مع يمينه .

* * *

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ٦٢ ، ٦٣

خيار التعيين

مادة (٦٦) :

(١) خيار التعيين يصح في القيميات لا في المثليات ، إذا وقع البيع على واحد غير معين وقت العقد ، من مبيع متعدد : اثنين أو ثلاثة .

(ب) ويثبت للبائع والمشتري ، ومدته ثلاثة أيام ، ويجبر من له الخيار على تعيين ما اختاره في نهاية مدته .

المذكرة الإيضاحية

إذا وقع البيع على واحد لا بعينه ، كأن يبين البائع أثمان شيئين ، أو ثلاثة ، من القيميات ، كلا على حده ، على أن المشتري يأخذ أيا شاء ، بالثمن الذي بينه البائع ، أو البائع يعطى أيا أراد ، صح البيع ، ويسمى هذا خيار التعيين .
ويفهم من نص المادة :

(١) أن خيار التعيين يصح في القيميات ، لأنها متفاوتة ،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٦٠ ، ٦١ ، بدائم الصنائع ج ٥ ص ٢٦٦ ، ٢٦٧

أما المثليات التي من جنس واحد ، فلا يصح فيها لعدم تفاوتها .
(ب) وأن البيع فيه يكون على واحد من اثنين أو ثلاثة ، لا بعينه ،
فإن وقع على واحد من أربعة ففسد .

وقال زفر : البيع فاسد في السكل لجهالة المبيع جهالة مفضية
للمنازعة ، وهو القياس ، وفي الاستحسان لا يفسد ، لأن الخيار
شرع للحاجة إلى دفع القين ، ليختار ما هو الأرفق والأوفق ،
والحاجة تندفع بالتعجى في ثلاثة ، لوجود : الجيد ، والوسط
والرديء فيها ، والجهالة لا يقضى إلى المنازعة في الثلاثة لتعيين
من له الخيار .

(ح) وأن مدته ثلاثة أيام — وهذا عند أبي حنيفة كخيار
الشرط ، (وبه أخذت اللجنة) وبأية مدة معلومة عند صاحبيه .

(د) وأن من له الخيار يجبر على التعيين في نهاية مدته ، فلو مضت
المدة قبل رد شيء وتعيينه ، بطل الخيار ، وانقضى البيع في أحدهما ،
وعليه أن يعين .

ويلزم أن يقول البائع للمشتري : على أنك بالخيار في أيهما شئت ،
أو على أن تأخذ أيهما شئت ، بعد قوله : بعتك إحدى هاتين الدابتين
— مثلا — ليسكون نصا في خيار التعيين وقال في البحر : لأنه لو لم
يذكر هذه الزيادة يكون فاسدا ، لجهالة المبيع .

مادة (٦٧) :

« يثبت للمشتري بخيار التعيين ملك غير لازم في واحد
من المبيع غير معين ^(١) » .

المذكرة الإيضاحية

إنما كان الملك الثابت للمشتري بخيار التعيين غير لازم ، لأن خيار
التعيين يمنع لزوم العقد .

مادة (٦٨) :

« إذا مات المشتري قبل مضي مدة الخيار تم البيع
في أحد المبيعين وعلى الوارث تعيينه » ^(٢) .

المذكرة الإيضاحية

إنما كان على الوارث تعيين المبيع ، لأن التعيين ينتقل إليه ،
لتمييز ملكه عن ملك غيره .

(١) للرجع السابق ، (٢) للرجع السابق .

مادة (٦٩) :

(أ) إذا قبض المشتري المبيعين قبل التعيين وهلكا معا ،
ضمن نصف ثمن كل منهما .

(ب) وإذا هلك أحدهما قبل الآخر ، تعين كون الهالك
مبيعا ، ولزم المشتري ثمنه ، والآخر أمانة^(١) .

المذكرة الإيضاحية

(أ) إنما ضمن المشتري نصف ثمن كل منهما إذا هلكا معا ،
لأنه ليس أحدهما أولى بالتعيين من الآخر فشاع البيع فيهما جميعا .
(ب) وإنما تعين كون الميت أولا مبيعا ، والآخر أمانة ، لأن
الأمانة منهما مستحق للرد على البائع ، وقد خرج الهالك عن احتمال
الرد فيه ، فتعين الباقي للرد ، فتعين الهالك للبيع ضرورة ، ولزمه ثمنه .

* * *

مادة (٧٠) :

« يسقط خيار التعيين بتعيين المشتري للشيء الذي اختاره ،

(١) المرجع السابق .

أو بتصرف منه يدل على تعيين الملك فيه ، أو بهلاك أحد المبيعين بعد القبض ،^(١) .

المذكرة الإيضاحية

إنما بطل خيار التعيين بتعيين المشتري لشيء الذي اختاره ، لأنه لما اختار أحدهما فقد عين ملكه فيه ، فيسقط الخيار ، ويلزم البيع .

وكذلك كل تصرف هو دليل اختيار الملك .

وإنما بطل الخيار بهلاك أحدهما بعد القبض ، لأن المالك منهما تعيين للبيع ولزومه منه وتعين الآخر للأمانة ، لأن أحدهما مبيع ، ولآخر أمانة ، والأمانة منهما مستحقة الرد على البائع ، وقد خرج المالك عن احتمال الرد فيه ، فتعين الباقي للرد ، فتعين المالك للبيع ضرورة .

خيار فوات الوصف

مادة (٧١) :

« فوات الوصف المرغوب فيه لا يقابله شيء من الثمن إلا إذا كان مقصوداً ويخير المشتري بين الأخذ أو الترك » .^(٢)

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٦١ ، ٢٦٢

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٤

المذكرة الإيضاحية

لو اشترى شاة على أنها حلوب فظهرت بخلاف ذلك ، خير المشتري بين الأخذ أو الترك .

ولما كان الأخذ بجميع الثمن ، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ما لم تكن مقصودة (درر منتقى) . وقصد الوصف بإفراده بذكر الثمن (كما في بيع المذروع) وجواز الترك لقوات الوصف المرغوب فيه .

ولو ادعى المشتري أنها ليست على الصفة التي تم الاتفاق عليها لم يجبر على القبض حتى يعلم بوجود الصفة .

ولو امتنع الرد بسبب ما ، قوم المبيع وهو بالصفة ، وقوم وهو يغير هذه الصفة ورجع بالتفاوت في الأصح .

هذا بخلاف شرائه شاة على أنها حامل أو تحلب كذا رطلا فإنه يفسد ، لأنه شرط فاسد لا وصف ، لكونه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها ، لأن ما في البطن والضرع لا يعلم حقيقته .

* * *

مادة (٧٢) :

« إذا ادعى البائع زوال وصف للمبيع عند رد المشتري له ، فالقول للمشتري إذا لم تقم بينة للبائع ^(١) » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٦٣

المذكرة الإيضاحية

لو قال البائع للمشتري عند رده للفرس الذى اشتراه منه كان يحسن السباق لكنه لا يحسن الآن ، فالقول للمشتري ، لأن الأصل عدم إجادته للسباق ، فكان الظاهر شاهداً له . وإن كانت للبائع بينة فالقول قوله .

ولو اشترى فرساً على صفة كان يعلم بوجودها عند البائع لكانها فقدت عنده قبل أن يقبضه المشتري ، فللمشتري رد المبيع لتغيره عند البائع .

وهذا التعليل يناسبه ما لو نسي بعد العقد . أما قبله فالعلة كون الوصف مشروطاً دلالة .

خيار الرؤية

مادة (٧٣) :

(١) من اشترى ما لم يره له الحق فى إمضاء البيع أو فسخه بعد رؤيته للمبيع ، وليس له الفسخ إلا بعد علم البائع ، ولا يكون هذا الخيار إلا فى المعاوضات المالية .

(ب) وهذا الخيار مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية .

(ج) وليس للبائع خيار رؤية إذا باع ما لم يره ،^(١) .

المذكرة الإيضاحية

(١) من اشترى شيئاً لم يره فاليوم جائز ، وله الخيار إذا رآه ،
إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء رده بعد رؤيته له ، سواء رآه
على الصفة التي وصفت له ، أو على خلافها ، مثل أن يشتري خنطة في غرارة
من غير أن يرى شيئاً ، فله الخيار إذا رأى ذلك الشيء ، ويسمى
« خيار الرؤية » لقوله صلى الله عليه وسلم : من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار
إذا رآه .

ولا يصح الفسخ من المشتري إلا بعد علم البائع بالفسخ ، خوف
غرور البائع ، بسبب اعتماده على شرائه فلا يطلب لساعته مشترى آخر .
ويثبت خيار الرؤية في أربعة مواضع :

١ — في الشراء للأعيان (اللازم تعيينها) ولا تثبت ديناً في الدمة ،
ولا يكون خيار الرؤية إلا في الشراء الصحيح .

٢ — وفي الإجارة .

٣ — وفي القسمة : وقسمة الأجناس المختلفة يثبت فيها للخيارات
الثلاث : الشرط ، والعيب ، والرؤية .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٦٥ - ٦٨ ، وفتح القدير ج ١ ص ١٣٣ - ١٣٩

وكذا قسمة غير المثليات ، كالثياب من نوع واحد ، والبقرة ، والغنم .

أما قسمة ذوى الأمثال كالمسكيات والموزونات . ثبت فيها خيار العيب فقط .

٤ — وفى الصلح عن دعوى المال على شيء بعينه :

وإنما ثبت خيار الرؤية فى هذه الأشياء ، لأن كلا منها معاوضة .
(ب) وثبت خيار الرؤية مطلقاً غير مؤقت بمدة وهو الأصح ، ويبقى إلى أن يوجد ما يبطله ، لأنه ثبت حكماً ، لانعدام الرضا ، فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا .

وقيل هو مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية ، حتى لو تمكن منه ولم يفسخ سقط خياره (بنجر) ،
(وقد أخذت اللجنة بهذا رأى) .

(ح) وخيار الرؤية حق للمشتري دون البائع ، فلا خيار للبائع شيء لم يره ، وكون خيار الرؤية غير ثابت للبائع ، هو الأصح ، وقد أجمع الصحابة على ذلك ، يدل عليه ما روى من أن عثمان بن عفان باع أرضاً له بالعمرة ، من طلحة بن عبيد الله ، ف قيل لطلحة : إنك قد غبت ، فقال : لى الخيار ، لأنى اشتريت ما لم أره ، وقيل لعثمان : إنك غبت ، فقال : لى الخيار ، لأنى بعت ما لم أره ، فحكما بينهما جبر بن مطعم ، ففضى بالخيار لطلحة (للمشتري) وكان ذلك بمحض من الصحابة :

مادة (٧٤) :

« لا يكون خيار الرؤية الا في مبيع سمي جنسه ووصفه
أو أشير اليه أو الى مكانه » .

المذكرة الإيضاحية

شرط جواز البيع بخيار الرؤية أن يكون المبيع معلوم الجنس
والوصف ، أو مشاراً إليه أو إلى مكانه ، لأنه لا يصح بيع ما لم يعلم
جنسه أصلاً لا بوصف ولا بإشارة لجهاته^(١) .

* * *

مادة (٧٥) :

« لا يعتد برضى المشتري بالقول قبل الرؤية ، وفسخه
قبلها يصح » .

المذكرة الإيضاحية

إذا رضى المشتري قبل أن يرى المبيع ، إن كان الرضا بالقول ،

(١) ابن مدين ج ٤ ص ٦٦ ، ٦٧ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٣٩

بأن قال : رضيت ، ثم رآه له أن يرده ، لأن الخيار معلق بالرؤية (بنص الحديث) فلا يثبت قبلها ، ولأن الرضا بالشئ لا يتحقق قبل العلم باوصافه ، والعلم يكون بالرؤية .

وإن أجازته بالفعل ، بأن تصرف في المبيع يزول خياره .
ولو فسخ المشتري البيع قبل أن يرى المبيع صح فسخه في الأصح ، لعدم لزوم البيع بسبب جهالة المبيع ، فلم يقع لازماً ، وما كان غير لازم عليه ، له أن يفسخه (١) .

مادة (٧٦) :

« رؤية ما يدل على العلم بالمقصود كافية لسقوط الخيار في المبيع الواحد ، وفي المتعدد الذي لا تتفاوت آحاده » .

المذكرة الإيضاحية

الأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروطة لتعذرهما ، فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود . والمراد أن رؤية ذلك قبل الشراء كافية في سقوط خياره بعده ، لأنه قد اشترى ما رأى فلا خيار له .

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ٦٨ ، ٦٩ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٣٩

والمبيع إما أن يكون :

(أ) شيئاً واحداً : وفي هذه الحالة ليست رؤية الجميع شرطاً لبطلان خيار الرؤية ، لأن رؤية الجميع قد تكون منعدرة ، مثل أن يكون المبيع ثوباً مطوياً ، فإن البائع يتضرر بانكسار ثوبه بالطي والنشر ، فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود على حسب اختلاف المقاصد .

وقال زفر : لا بد من نشر كله . وهو المختار .

(ب) أو أشياء متعددة آحاده متفاوتة : كالثياب والدواب ، فلا بد من رؤية كل واحد ، لأن رؤية البعض لا تعرف الباقي لتفاوت آحاده .

(ج) أو أشياء متعددة آحاده غير متفاوتة : كالمكيل والموزون والعددي المتقارب فيكتفي برؤية واحد منها في سقوط الخيار ، لأن رؤية البعض يعرف الباقي لعدم التفاوت . إلا أن يكون الباقي أردأ مما رأى ، فإن كان معيباً يبقى خيار الرؤية والعيب ، وإن كان غير معيب يبقى خيار الرؤية (١) .

مادة (٧٧) :

« يسقط خيار الرؤية برؤية وكيل القبض أو الشراء ،

دون رؤية الرسول » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٠ ، ٦٨ ، ٦٩ ، وفقه القدير ج ٥ ص ١٤٢ ، ١٤٣

المذكرة الإيضاحية

تضمن نص المادة : حكم رؤية وكيل الشراء ، ورؤية وكيل القبض ، ورؤية رسول القبض أو الشراء .

وصورة التوكيل بالشراء : أن يقول المشتري للوكيل : كن وكيلاً عني بشراء كذا ، فرؤية هذا الوكيل تسقط الخيار بالإجماع ، هذا لو وكله بشراء شيء لا بعينه ، لأن المعين ليس للوكيل فيه خيار رؤية ، وإذا شري الوكيل ما رآه موكله ، ولم يعلم برؤية الموكل ، فله الخيار إذا لم يره (كما في جمع الفصولين) وهذا بخلاف ما إذا وكله بالرؤية مقصوداً ، وقال : إن رضيته بكذا ، لا يصح التوكيل ، ولا تصير رؤيته كرؤية موكله (جامع الفصولين) قال في البحر : لأنها مباحات لا يتوقف على توكيل ، إلا إذا فوض إليه الفسخ والإجازة . وإذا رأى الوكيل المبيع قبل أن يوكل بشرائه ، فلا أثر لرؤيته هذه ولا يسقط بها الخيار (نهر) .

وصورة التوكيل بالقبض : كن وكيلاً عني بقبض ما اشتريت وما رأيته ، وهذه تسقط الخيار عند أبي حنيفة إذا قبضه ناظراً إليه ، فحينئذ ليس له ولا للموكل أن يردّه إلا بعيب ، أما إذا قبضه مستوراً ثم رآه فأسقط الخيار فانه لا يسقط لأنه لما قبضه مستوراً انتهى الوكيل بالقبض الناقص ، فلا يملك إسقاطه إن قصد ، لصيرورته أجنبياً .

وإن أرسل رسولاً لقبضه فقبضه بعد ما رآه فللمشتري أن يردّه
وصورة ذلك أن يقول : كن رسولاً عني في قبضه ، أو أمرتك بقبضه ،
أو أرسلتك لتقبضه .

وقال أبو يوسف ومحمد : الوكيل بالقبض والرسول سواء في أن
قبضهما بعد الرؤية لا يسقط خيار المشتري (١) .

* * *

مادة (٧٨) :

« يثبت خيار الرؤية للأعمى :

١ — في المنقول بما يقوم عنده مقام الرؤية .

٢ — وفي العقار بالوصف .

المذكرة الإيضاحية

(١) يبيع الأعمى وشراؤه صحيح ، وله خيار الرؤية إذا اشترى ،
ويكون ذلك بجس المبيع ، أو شمه ، أو ذوقه ، فيما يعرف بذلك ،
وبوصف العقار له ووصف كل ما لا يعرف بجس أو شم أو ذوق ،
لأن الوصف يقوم مقام الرؤية ، وبكل ما يقف به على صفة المبيع

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٠ ، ٧١

أو بنظر وكيله بالشراء أو القبض ولو أبصر بعد ذلك فلا خيار له ،
لأنه قد سقط .

(ب) ويسقط خياره إذا وجد منه الجنس أو الشئ أو الذوق .. الخ
قبل الشراء أما لو اشترى قبل أن يوجد ذلك منه لا يسقط خياره .
بل يثبت له الخيار بالاتفاق ، ويعتمد الخيار إلى أن يوجد منه ما يدل
على الرضا من قول أو فعل كأن يشتري أوصاً ويأمر آخر بزهرها له .
فيسقط خياره ، كما يسقط الخيار بتعيب المبيع عنده أو بهلاك بعضه (١).

مادة (٧٩) :

« ليس لمن له خيار الرؤية أن يرد بعض المبيع دون
البعض الآخر » .

المذكّرة الإيضاحيّة

تقدم في شرح المادة (٥٤) أن في الجمع بين الأشياء المتفاوتة
الأحاد في البيع ، أن رؤية بعضها لا يعرف الباقي . بل لا بد من رؤية
كل واحد منهما ؛ وعلى هذا إذا رأى أحد الثوبين مثلاً فاشترىهما ثم

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٠ ، ٧١

رأى الآخر ، فله الخيار . لكن لا يرد الذي رآه وجده . بل يردهما معاً إن شاء ، كي لا يلزم تفريق الصفة قبل التمام ، لأن الصفة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعبء (١) .

مادة (٨٠) :

« شراء المشتري الشيء بعد رؤيته لقصد شرائه مسقط لخياره ، إذا كان ما رآه لم يتغير ، والقول للبائع يمينه إذا اختلفا إن كانت المدة قريبة ، وللمشتري إن كانت بعيدة » .

المذكرة الإيضاحية

من اشترى شيئاً سبقت له رؤيته ، وكان قاصداً لشرائه عند تلك الرؤية ، علماً بأنه هو الذي سبقت له رؤيته وقت الشراء ، فلا خيار له ، لأن العلم بأوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة ، إلا إذا كان لا يعلم أنه هو الذي رآه — كما إذا اشترى ثوباً ملفوفاً كان رآه من قبل وهو لا يعلم أن الذي اشتراه هو ذلك المرئي . فان له الخيار في هذه الحالة لعدم الرضا به .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧١ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٤٨

وإن وجدته متغيراً عن الحالة التي رآه عليها . كان له الخيار ؛ لأن تلك الرؤية لم يقع معلنة بأوصافه فكأنه لم يره .

وإذا اختلف البائع والمشتري في تغير المبيع ، فقال البائع لم يتغير ، وقال المشتري تغير ، فالقول للبائع مع يمينه ، لأن دعوى التغير — بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل على المقصود من البيع — دعوى أمر حادث بعده والأصل عدمه والمشتري يدعيه ، والبائع ينكره ، والقول للكنكر مع يمينه ، إلا إذا بعدت المدة بين رؤية المبيع وبين شرائه ، فحينئذ يكون القول للمشتري ، لأن الظاهر يشهد له ، فإن الشيء يتغير بطول الزمان ، ومن يشهد له الظاهر فالقول قوله . قال شمس الأئمة : وبه يفتي الصدر الشهيد ، والإمام المرغيناني فيقول : إن كان لا يتفاوت في تلك المدة غالباً فالقول للبائع ، وإن كان التفاوت غالباً فالقول للمشتري . مثاله :

لو رأى دابة فاشترها بعد شهر وقال : تغيرت ، فالقول للبائع ، لأن الشهر في مثله قليل .

والمراد التغير بنقصان بعض الصفات ، كنقص الحسن أو القوة ، لابعروض عيب لأن عروضه قد يكون في أقل من شهر ، وبه ثبت خيار العيب (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧١ ، ٧٢ ، وفتح القدير ج ٥ ص ١٤٩ ، ١٥٠

مادة (٨١) :

« إذا اختلف البائع والمشتري في أصل الرؤية فالقول للمشتري مع يمين » .

المذكرة الإيضاحية

لو اختلف البائع والمشتري في أصل الرؤية : فقال البائع : رأيت المبيع وقال المشتري : لم أره ، فالقول للمشتري مع يمينه ؛ لأن البائع يدعى امرا عارضا هو العلم بصفة المبيع والمشتري : ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه (١) .

* * *

مادة (٨٢) :

« تصرف المشتري في المبيع يسقط خيار الرؤية ولا يرد المبيع الا لعيب ، وان عاد المبيع للمشتري لا يعود الخيار »

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٢ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٥٠

المذكرة الإيضاحية

مثال ذلك : من اشترى صندوقاً به ثياب ، ولم يره وقبضه ، وباع ثوباً منه أو وهبه ، ثم رأى الباقي ، ليس له أن يرد شيئاً منها إلا لعيب ، لأنه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه ، فلو رد الباقي فقط ، كان تفريقاً للصفقة على البائع قبل التمام وهو غير جائز ، لأن خيار الرؤية يتمتع تمام البيع ، بخلاف خيار العيب ، فإن الصفقة تتم معه بعد القبض ، أما قبل القبض فإنه يمنع التمام .

ولو عاد إلى المشتري ما باعه أو وهبه ، هل يعود خيار الرؤية ؟ .. ذكر شمس الأئمة السرخسي : أنه يعود ، وله أن يرد السكل بخيار الرؤية ، لارتفاع المانع من الأصل ، وهو تفريق الصفقة ، وعن أبي يوسف لا يعود ؛ لأن الساقط لا يعود إلا لسبب جديد ، وصحح هذا القول قاضيخان ، وعليه اعتماد القدوري (١) .

* * *

خيار العيب

مادة (٨٣) :

« من اشترى شيئاً ووجد به عيباً فله الخيار في رده

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ٧٢ ، ١٣ وفتح القدير ج ٥ ص ١٥٠

أو أخذه بكل ثمنه ، وليس له إمساكه وإنقاص ثمنه إلا
برضى البائع .

المذكّرة الإيضاحيّة

حكم خيار العيب أنه يمنع لزوم العقد بعد تمامه ، فإذا أطلع المشتري
على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء
رده ، لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة في العقود عليه من
العيب . ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من عداء
ابن خالد بن هوذة عبدا وكتب في عهده هذا ما اشترى محمد رسول
الله من العداء بن خالد بن هوذة عبدا لاداء ولا خائلة ولا خبيثة بيع
المسلم من المسلم — وفي هذا تمصيص على أن البيع يقتضى سلامة
المبيع عن العيب ، ووصف السلامة يفوت بوجود العيب ، فعند فواته
يتخير ، لأن الرضا داخل في حقيقة البيع ، وعند فواته ينتفى الرضا
فيتقرر بلزوم ما لا يرضى به . وهذا التخيير إذا لم يتعين على المشتري
إمساكه وذلك إذا وجد مانع يمنع الرد ، بأن حدث عنده عيب آخر ،
فيتعين في هذه الحالة أخذ المبيع .

وليس للمشتري أن يمسك المبيع ويطالب البائع بما يقابل نقصان العيب من الثمن ، لأن العيب وصف ، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ، ولأن الثمن عين ، فإنما يقابله بمثله ، والوصف دونه فانه عرض لا يحرز بانفراده فلا يقابل به إلا تبعاً لعروضه غير متفرد به ، ولأن البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه بأقل من المسمى ، وفي إيساكه وأخذ النقصان زواله بالأقل فلم يكن مرضية وعدم رضا البائع بزوال المبيع منافع لوجود البيع ، فيكون إلزاماً على البائع بلا بيع وفيه من الضرر مالا يخفى ، والمشتري وإن كان يتضرر بالعيب لكن يمكن تداركه برد المبيع بدون مضرة ، فلا ضرورة في أخذ النقصان .

فان رضى البائع بامساك المشتري المبيع المعيب ونقص ثمنه فله أن يمسكه (١) .

* * *

مادة (٨٤) :

« العيب المثبت للخيار هو ما يوجب نقصاً في القيمة ولا يزال إلا بمسقة » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٤ ، ٧٥ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٥١ - ١٥٣

المذكرة الإيضاحية

هذا ضابط العيب الذي يرد به المبيع ، لأن ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به ، والمرجع في كونه عيباً أولاً لأهل الخبرة بذلك وهم التجار وأرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات ، فالمرجع في معرفة العيب عرف أهله ، سواء كان العيب ينقص العين ، أو لا ينقص منافعها . بل مجرد النظر إليها .
والأ يتمكن من إزالته إلا بمشقة (١) .

* * *

مادة (٨٥) :

(١) العيب الطارئ عند المشتري بغير فعل البائع يمنع رد المبيع إلا برضى البائع ولا يضمن البائع إلا ما نقص العيب الأول الذي كان بالمبيع عنده .

(ب) وإن كان العيب بفعل البائع وكان قبل القبض فللمشتري رده أو أخذه بكل الثمن ويرجع بحصته من الثمن إن كان بعد القبض .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٥ فتح القدير ج ٥ ص ١٥٣

المذكّرة الإيضاحيّة

(١) إذا حدث عيب في المبيع عند المشتري — بغير فعل البائع — بأفة مملوكة أو غيرها ، ثم أطلع على عيب كان عند البائع ، فلمشتري أن يرجع بنقصان العيب القديم ، بأن يقوم المبيع سليما عن العيب القديم ، ويقوم معيبا به ، فما كان بينهما من فرق الثمن يرجع به على البائع ، وليس له أن يرد المبيع ، لأن في الرد اضراراً بالبائع بخروج المبيع من ملكه سليما من العيب الحادث ، وعوده إليه معيبا به ، والاضرار بمنع ، إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعينه الحادث ، لأنه رضى بالضرر ، والرضا إسقاط لحقه ، إلا أن يمتنع أخذه بإياه لحق الشرح بأن كان المبيع عصيرا فتخمر عند المشتري ، ثم أطلع على عيب فانه لو أراد البائع أن يأخذه بعينه لا يمكن من ذلك لما فيه من تملك الحمر وتملكها ومنعهما من ذلك حق الشرع ، فلا يسقط بتراضيهما على إهداؤه .

فان قيل : قد تقدم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن .

أجيب : بأنها إذا صارت مقصوده بالتناول حقيقة أو حكما ، كان لها حصة من الثمن وهي هنا كذلك .

والرجوع بالنقصان إنما يكون إذا لم يمتنع الرد بفعل مضمون من جهة المشتري ، أما إذا امتنع الرد بفعل مضمون من جهته ، كأن

باع المبيع او وهبه وسلمه ثم أطلع على عيب فليس له حق الرجوع بالنقصان .

ولو امتنع الرد بفعل غير مضمون له أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع « كامتناع الرد لحق الشرع » .

(ب) فإن كان العيب بفعل البائع أو أجنبي ، فإن كان بعد القبض رجع المشتري بحصة العيب الأول وامتنع الرد (بحر) ووجب أرش العيب الحادث بفعل البائع ، فينثذ يرجع على البائع بشيئين :

١ — حصة العيب الأول من الثمن .

٢ — أرش العيب الثاني (ط) .

ولو كان العيب الثاني بفعل أجنبي رجع بالأرش عليه (على الأجنبي) .
وأما إذا كان حدوث العيب الثاني بفعل قبل القبض ، خير المشتري — سواء وجد به عيبا أولا — بين أخذه مع طرح حصة النقصان من الثمن وبين رده وأخذ كل الثمن .

وكذا لو كان بفعل أجنبي فانه يخير ، ولكنه إن اختار الأخذ يرجع بالأرش على الجاني (١) .

* * *

[خيار العيب]

مادة (٨٦) :

« إذا حدثت زيادة في المبيع ثم وجد المشتري به عيبا ،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٧٢ ، ٧٣ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٥٩ ،

فله رد المبيع في الزيادة المتصلة المتولدة قبل القبض وبعده ،
وفي المنفصلة المتولدة قبل القبض وفي المنفصلة غير المتولدة قبل
القبض وبعده ، وليس له الرد في المتصلة الغير متولدة مطلقا ،
والمنفصلة المتولدة بعد القبض ويرجع بالنقصان .

المذكرة الإيضاحية

الزيادة نوات : متصلة ، ومنفصلة ، وفي كل إما أن تكون متولدة
أو غير متولدة وهذه الزيادة إما أن تكون قبل القبض أو بعده .

فالزيادة المتصلة المتولدة ، كالسمن والجمال لا تمنع الرد قبل
القبض ، وكذا بعده في ظاهر الرواية ، وللمشتري الرجوع بالنقصان ،
وليس للبائع قبوله عندهما ، وعند محمد له ذلك .

والمتصلة الغير متولدة ، كغرس وبناء وصبغ وخياطة ، وهذه
يمنع الرد مطلقا قبل القبض وبعده .

والزيادة المنفصلة المتولدة ، كالولد والتمر فقبل القبض لا تمنع ،
فان شاء ردها أو رضى بهما بجميع الثمن ، وبعد القبض تمنع الرد ،
ويرجع بحصة العيب .

والمنفصلة الغير متولدة ، ككسب وغلة وهبة ، فقبل القبض لا تمنع الرد ، فإذا رد ، فالزيادة للمشتري بلائمن عند أبي حنيفة ولا تطيب له ، وعندهما للبائع ولا تطيب له .
وبعد القبض لا تمنع الرد أيضا وتطيب له الزيادة (١) .

مادة (٨٧) :

« إذا تصرف المشتري في المبيع ثم علم بعيب فيه رجع بنقصانه ، إلا إذا كان التصرف بالبيع فإنه يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان » .

المذكرة الإيضاحية

لو كان المبيع طعاما فأكله المشتري كله أو بعضه ثم علم بعيب كان فيه ، فإنه يرجع بالنقصان استحصانا عند أبي يوسف ومحمد وعليه الفتوى (بمجر) وروى عنهما : يرد ما بقي ويرجع بنقصان ما أكل وعليه الفتوى (اختيار وقهستاني) وعن أبي حنيفة أنه لا يرجع وهو الاستحسان (هداية : غناية : فتح : تبين) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٨٦ ، ٨٧

ولو كان الطعام في وعاءين فأكله ثم أطلع على عيب فله رد الباقي بحصته من الثمن اتفاقاً (ابن كمال وابن فلك) .

وإن باعه ثم أطلع على عيب فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان ، وعند محمد يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما باع ، وعليه الفتوى (جامع الفصولين عن الحائنة) .

ويفهم من هذا أن المقتضى به ، أنه لو باع البعض أو أكله يرد الباقي ويرجع بنقصان ما أكل لا ينقص ما باع .

والفرق : أنه بالأكل تقرر العقد فتقرر أحكامه ، وبالبيع ينقطع الملك فتنتقطع أحكامه .

وكذلك الحكم في كل تصرف من المشتري في المبيع لا يخرج به عن ملكه (١) .

* * *

مادة (٨٨) :

د إذا باع المشتري ما اشتراه ثم رد عليه بعيب ، فإن كان الرد بعد القبض بحكم القاضي رده على بائعه الأول ، وإن كان برضاه لا يرده .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٨٧٠١٦

وإن كان الرد قبل القبض رده مطلقا في المنقول دون
العقار .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع المشتري ما اشتراه ثم رد عليه بعد القبض بعيب ، فإن كان
الرد بقضاء القاضى سواء كان باقراره ، أو بكوله عن اليمين ، أو بينة ،
فله أن يرده على بائعه الأول لأنه بالقضاء فسخ من الأصل ، فجعل
البيع كأن لم يكن ، إلا إذا حدث به عيب آخر عند البائع الثانى ،
ثم رده عليه المشتري منه بالعيب القديم فلا يرده على بائعه بل يرجع
عليه بنقصان العيب القديم ، لأن العيب الحادث عنده بمنعه من الرد .

ولو كان الرد قبل القبض فالمشتري الأول ان يرده على البائع
الأول مطلقا سواء رد عليه بقضاء أو برضا المشتري الأول (البائع
الثانى) لأن بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز فلا يمكن جعله يباعا جديدا
في حق غيرها فجعل فسخا من الأصل في حق الكل ، وهذا في غير
العقار لأن في العقار اختلاف المشايخ فعند أبى حنيفة بيع جديد في حق
البائع الأول ، لأن العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له أن يرده

على بائعه كأنه اشتراه بعدما باعه وعند محمد فسخ لأنه لا يجوز بيعه قبل القبض عنده ، وعند أبي يوسف بيع في حق السكك .

وإن كان الرد برضا البائع (المشتري الأول) بغير قضاء لا يرد على البائع الأول سواء يحدث مثله أو لم يحدث مثله في الأصح لأنه إقالة ، لأن الرد بالعيب بعد القبض إقالة وهي بيع جديد في حق الثالث ، وفسخ في حق المتعاقدين ، والبائع الأول ثالثهما فصار في حقه كأن المشتري اشتراه من الثاني ، فلا خصومة له مع بائعه لا في الرد ولا في الرجوع بالنقصان . بخلاف الرد بالقضاء ، لأنه فسخ في حق السكك لعموم ولايته ، فيصير كأن البائع الأول لم يبيعه (١) .

مادة (٨٩) :

« إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى عيبا فيه لا يجبر على دفع الثمن إن أثبت العيب أو نكل البائع عن الحلف ، فإن عجز المشتري عن الإثبات يحلف البائع على نفي العيب ويأخذ الثمن » .

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ٩٠ ، ٩١ ، وفتح القدير ج ٥ ص ١٦٥-١٦٧ ،

ومجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٨

المذكرة الإيضاحية

إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى عيباً موجباً للفسخ أو للحط من الثمن — كأن حدث عنده عيب آخر ، فإنه يحط من الثمن نقصان العيب — فإنه لا يجبر المشتري على دفع الثمن للبائع لاحتمال أن يكون صادقا في دعواه ، وعليه أن يقيم البينة لإثبات العيب بأنه وجد بالمبيع عنده . لأنه إذا لم يوجد عنده ليس له أن يردّه ، وإن كان موجودا عند البائع لاحتمال أنه زال ، فإذا برهن على أنه وجد العيب عنده يحتاج أن يبرهن أيضاً أن هذا العيب كان بالمبيع عند البائع ، لاحتمال أنه حدث عند المشتري ، فإذا أثبت ذلك رد المبيع على البائع أو قبله ودفع الثمن .

وإذا عجز المشتري عن إثبات البرهان يحلف البائع على نفي العيب عنده ، ويدفع المشتري للثمن ، وإقامة المشتري البرهان أولاً ، ثم حلف البائع إن عجز هو الرأى الصحيح .

ويلزم البائع حكم العيب إن نكل عن الحلف ، لأن النكول حجة في المال بخلاف الحدود (١) .

* * *

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩١ ومجم الانهر ج ٢ ص ٤٨

مادة (٩٠) :

« إذا استحق بعض المبيع قبل القبض بخير المشتري
في الباقي قيمياً أو مثلياً ، وبعد القبض بخير في القيمي » .

المذكّرة الإيضاحيّة

إذا استحق بعض المبيع فإن كان استحقاقه قبل القبض ، خير
المشتري في الكل (أى في القيمي والمثلي) لتفريق الصفقة عليه قبل
تمامها ، لأنها قبل القبض لم تتم فلذا كان له الخيار ، فبخير في الباقي
بعد الاستحقاق بين إمساكه ورده ، وإن كان بعد القبض خير
في القيمي لا في غيره ، لأن التبعض في القيمي كالثوب عيب فيخير
بخلاف المثلي لأنه لا يضره التبعض .

وإن كان بعد القبض فلا خيار له ورجع بثمن المستحق .

وقال الخصاصف له أن يرد الكل ويرجع بالثمن ، وفي شرح
الطحاوى إذا اشترى شيئاً ثم استحق بعضه . فإن كان شيئاً لا يمكن
تمييزه إلا بضرر كالدار والأرض والسكرم يتخير المشتري وإلا فلا .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٣

مادة (٩١) :

(١) إذا قبض المشتري أحد المبيعين ، ثم استحق أحدهما أو تعيب ، يخيّر في الآخر ين أخذه أو تركه .

(ب) وإن قبض الكل ، ثم استحق بعضه ، بطل البيع بقدره ، ويخيّر في الباقي إن ترتب على الاستحقاق عيب .

المذكرة الإيضاحية

من اشترى شيئين فقبض أحدهما ، ثم استحق أحدهما أو تعيب سواء كان المقبوض أو غيره ، ثبت له الخيار لتفريق الصفقة قبل التمام .

وفي جامع الفصولين عن شرح الطحاوى : لو استحق بعض المبيع قبل قبضه يطل البيع في قدر المستحق ، ويخيّر المشتري في الباقي سواء أورث الاستحقاق عيبا في الباقي أولا لتفريق الصفقة قبل التمام .

وكذلك الحكم لو استحق بعد قبض بعضه سواء استحق المقبوض أو غيره .

ولو قبض كله فاستحق بعضه بطل البيع بقدره ، ثم لو أُرث

الاستحقاق عيبا فيما بقي بخير المشتري ، ولو لم يورث عيبا فيه كثنوين
استحق أحدهما ، أو كيلي أو وزني استحق بهضه ولا يضر تبعضه ،
فالمشتري يأخذ الباقي بلا خيار (١) .

* * *

مادة (٩٢) :

« خيار العيب يكون على التراخي وللمشتري الرد ما لم
يوجد مبطل له ، فإن لم يجد البائع حتى هلك المبيع يرجع
بالتقصان » .

المذكرة الإيضاحية

خيار العيب بعد وثية العيب يكون على التراخي على المعتمد ،
وما في الحاوى من أنه إذا أمسكه بعد الاطلاع على العيب مع قدرته
على الرد كان رضا غريب (بحر) .

فلو وجد عيبا مخاصم ثم ترك ثم عاد وخاصم فله الرد ما لم يوجد
مبطله كدليل الرضا (فتح) .

وفي الخلاصة : وجد بالمبيع عيبا ولم يجد البائع ليرده فاطعمه

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٣، ٩٤

وأمسكه ولم يتصرف فيه تصرفاً يدل على الرضا فإنه يردده على البائع لو حضر ، ولو لم يجد البائع حتى هلكه مرجع بالنقصان ، ولا يرجع على بائعه بالثمن (١) .

مادة (٩٣) :

« استعمال المشتري للمبيع المعيب بعد علمه بالمعيب يعتبر رضا به يمنع الرد والرجوع بالنقصان » .

المذكرة الإيضاحية

لو أطلع المشتري على عيب في المبيع ثم استعمله بأن كان ثوبا فلبسه أو دابة فركبها لحاجته يعتبر رضا دلالة ، ولو كان ركوبه الدابة لينظر إلى سيرها ولبس الثوب لينظر إلى قدره كما في النهر وغيره . والفرق بينه وبين خيار الشرط كما في الذخيرة : أن خيار الشرط مشروع للاختبار ، واللبس والركوب مرة يراد به ذلك بخلاف خيار العيب فإنه شرع للرد ليصل إلى رأس ماله عند العجز عن الوصول إلى الفائدة فلا يحتاج إلى أن يختبر المبيع .

(١) ابن عابد بن ج ٤ ص ٩٤

وكذلك كل مفيد رضا بعد علمه يكون ذلك عيباً يمنع الرد وأرش
 نقصان العيب تعرض المبيع على البيع ولو بأمر البائع ، بأن قال له :
 اعرضه على البيع فإن لم يشتد مثله رده على .
 ومما يدل على الرضا بالعيب بعد العلم به ، الإجازة والعرض عليها ،
 والمطالبة بالقلة والرهن . أما لو آجره ممن علم بالعيب فله نقضها للعدو
 ويرده بخلاف الرهن فلا يردده إلا بعد فسكه (١) .

مادة (٩٤) :

« يكون القول للمشتري مع يمينه إذا اختلف مع البائع بعد
 القبض في عدد المبيع أو المقبوض عند رده للمبيع المعيب » .

المذكرة الإيضاحية

اشترى شيئاً وتقابض المتبايعان المبيع والتمن ، ثم ظهر عيب
 في المبيع فجاء المشتري ليرده ، فاعترف البائع بالعيب ، إلا أنه قال له :
 بعنك هذا الشيء وآخر معه ، فلك على رد حصة هذا المعيب فقط
 من التمن لا كل التمن ، وقال المشتري : بعننى هذا الشيء وحدة

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٤

فاردد كل الثمن ، ولا بينة لأحد ، فالقول المشتري ، لأن هذا الاختلاف في مقدار المقبوض ، والقول فيه للقابض أمينا كان أو ضمينا ، ولأن البيع انفسخ في المردود بالرد وذلك مسقط للثمن عن المشتري ، والبائع يدهي لنفسه بعض الثمن بعد ما ظهر سبب للسهو والمشتري ينسکر ، والقول قول المنكر ، وصار كالغصب إذا ادعى المنصوب منه أنه غصبه هذا مع آخر ، أو حدث فيه زيادة فانسکر الغاصب فالقول قوله .

وان اتفقا على مقدار المبيع ثم قال البائع قبضته وإنما تستحق حصة هذا ، وقال المشتري لم أقبض من المبيع سوى هذا يكون القول قول المشتري ، لأنه قابض والقول للقابض في قدر المبيع أو المقبوض وفي صفته ، وفي التمين (١) .

* * *

مادة (٩٥) :

« إذا اشترى شخص شيئين يمكن إفراد أحدهما بالمنفعة ، وقبض أحدهما ووجد بأيهما عيبا ، فله أخذهما معا أو ردهما معا . وإن قبضهما رد المغيب وحده ، إلا إذا كان لا ينتفع بالآخر وحده فله ردهما أو أخذهما » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٦ ، وفتح القدير ج ٥ ص ١٧٤

المذكرة الإيضاحية

إذا اشترى ثوبين في عقد واحد وقبض أحدهما ووجد به
أو بالآخر عيبا ، إن شاء ردهما معا أو أخذهما معا بجميع الثمن .
ولا يرد الميب وحده ، لأن الصفقة إنما تتم بقبضهما لأنها تتم بقبض
المبيع ولم يوجد ، فيكون رد أحدهما تفريقا للصفقة قبل التمام ،
ورد أحدهما بعد قبض الآخر فقط يكون تفريقا للصفقة قبل تمامها ،
ولأن القبض له شبه بالعقد ، فالتفريق فيه كالتفريق في العقد .

وعن أبي يوسف أنه يرد المقبوض خاصة ، لأن الصفقة فيه تمت
لنهايتها فيه .

والأصح الأول ، لأن تمام الصفقة يتعلق بقبض المبيع وهو
اسم للكل .

وإن قبضهما سم ظهر العيب فإنه يرد الميب وحده ، لأنه تفريق
بعد التمام فلا يمنع الرد وحده خلافا لزفر ، لأنه لا فرق بينه وبين
ما تقدم ، لأن فيه تفريق للصفقة .

هذا الحكم إذا كان يمكن الانتفاع بأحدهما وحده ، أما إذا
لم يمكن الانتفاع بأحدهما كما إذا اشترى خفين ووجد في أحدهما
عيبا لا يرد الميب وحده اتفاقا ، لأنهما في المعنى والمنفعة كشئ
واحد ، والمعتبر هو المعنى ، ولهذا قالوا لو اشترى زوجي ثوبا وقبضهما

ثم وجدوا بأحدهما عيبا وقد أُلِف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المبيع خاصة . بل له رده كله أو أخذه .

وكذلك الحكم لو كان المبيع كيليا أو وزنيا وقبضه ووجد بيعه عيبا ، فإن له رده كله أو أخذه كله بعيه لأنه كشيء واحد . ولو في وعاءين (١) .

مادة (٩٦) :

« إذا ظهر عيب في المبيع المشتري من البائع الغائب ، فأثبتته المشتري عند القاضي ، فوضعه عند عدل ، فإن هلك ضمنه المشتري ، إلا إذا قضى القاضي بالرد على البائع فلا يضمن » .

المذكرة الإيضاحية

إذا اشترى من البائع الغائب ثم ظهر عيب في المبيع وأثبتته المشتري عند القاضي فوضعه القاضي عند عدل أمين يحفظه لبائعه . فإن هلك

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٧ ، فتح القدير ج ٥ ص ١٧٤ ، ١٧٥

المبيع عند المدل هلك على المشتري . إلا إذا قضى القاضى بالرد على بائعه ، لأن القضاء على الغائب بلا خصم ينفذ على الأظهر (أى لو كان القاضى يرى ذلك) كشافى ونحوه بخلاف الخفى (١) .

* * *

مادة (٩٧) :

يصح البيع بشرط براءة البائع من كل العيوب ، وتشمل العيب الموجود ، والحادث بعد العقد قبل القبض ، إلا إذا أبرأه من كل عيب به فلا يدخل الحادث .

المذكرة الإيضاحية

يصح البيع بشرط أن يرى البائع نفسه من العيوب : كان يقول البائع للمشتري بعتك هذه الدابة على أنى يرى من كل عيب ، أو هذه الدار على أنها كوم تراب — يراد بذلك إشتغالها على جميع العيوب فإذا اتم البيع على هذه الصفة ورضيه المشتري فلا خيار له لأنه قبله بكل عيب يظهر فيه .

وإن لم تذكر العيوب يصح البيع لأن الإبراء لا يقضى إلى المنازعة ،

قال في الفتح . ولنا أن الإبراء إسقاط حتى يتم بلا قبول . كما لو طلق نسوته . والاسقاط لا تبطله جهالة الساقط ، لأنها لا تنفي إلى المنازعة .

ويدخل في البراءة العيب الموجود وقت العقد والحادث بعده قبل القبض فلا يرد المبيع بعيب موجود أو حادث ، وعند محمد : البراءة تتناول الثابت وهو الموجود وقت العقد فقط ، ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الملاحظ هو المعنى ، والفرض من هذا الشرط التزام العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة ليلزم على كل حال ، ولا يطالب البائع بحمل ، وذلك بالبراءة عن كل عيب يوجب للمشتري المحدد ، والحادث بعد العقد كذلك ، فاقضى للفرض المعلوم دخوله (١) .

ولو أبرأه من كل عيب به لا يدخل الحادث إتفاقاً .

* * *

مادة (٩٨) :

« الإبراء من كل داء يقع على ما في الباطن ، وما سواه

مرض » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٩٩ . ١٠٠٠

المذكرة الإيضاحية

البيع بشرط البراءة من كل داء ، يراد به ما في الباطن لأنه المعروف في العادة والعرف وما وجد بغير الباطن فهو مرض تبعاً للعرف .

وعن أبي يوسف يتناول الكل . لأن الداء في اللغة هو المرض سواء كان بالجوف أو غيره .

* * *

مادة (٩٩) :

« إقرار البائع عند المساومة بخلو المبيع من العيب لا يمنع الرد إذا تم الشراء بعدها ، إلا إذا عين المساوم العيب » .

المذكرة الإيضاحية

إذا ساوم البائع المشتري كأن قال له . إشتري هذه الدابة فليس بها عيب ، ولم يتم بينهما البيع ، ولما اشتراها وجد بها عيباً فله ردها على بائعه بشروط الرد وهي البينة أو إقرار البائع أو نكوله ، وألا يزيد المبيع زيادة مانعة من الرد ، ولا يوجد ما يدل على الرضا بالعيب

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٠

ولا براءة للبائع من العيوب ، ولا يمنع المشتري من الرد على البائع
الاقرار السابق الصادر من البائع بعدم العيب ، لأنه مجاوز عن
الترويج للبيع .

ولو عين العيب فقال : لا غور في عين هذا العبد لا يرد لإحاطة
العلم به ، فان كان لا يحدث منه كأن قال : لا أصبع زائدة ثم وجدها
فله رده للتيقن بكذبه (١) .

* * *

مادة (١٠٠) :

« المصالحة بتقابل عن العيب عند رد المبيع جائزة من
البائع للمشتري وتمنع الرد ، ولا تجوز من المشتري وله الرد » .

المذكرة الإيضاحية

إذا وجد المشتري مشريه عيباً وأراد الرد به على البائع ،
فأصالح معه البائع على أن يدفع إليه بعض النقود نظير العيب ولا يرد
المبيع عليه جاز ويعتبر ذلك خطأ من الثمن .

وإن اصطالحا على أن يدفع المشتري للبائع بعض النقود ويرد

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٠ .

عليه المبيع لا يصح لأنه لا وجه له غير الرشوة فلا يجوز ، إلا إذا حدث به عيب عند المشتري فلا يرد .

وفي الصغيرى : إذا ادعى عيبا فصالحه على مال ثم برأ أو ظهر أن لا عيب فللبائع أن يرجع بما أدى ، ولو زال بمصالحه المشتري لا يرجع (١) .

* * *

مادة (١٠١) :

«رضا الوكيل بالعيب يلزم الموكل إن كان المبيع مع العيب يساوى الثمن» .

المذكرة الإيضاحية

إذا رضى وكيل الشراء بعيب المبيع الذى اشتراه للموكل ، فإن كان المبيع مع العيب الذى به يساوى الثمن الذى اشتراه به لزم الموكل .

وإن كان لا يساوى الثمن لا يلزمه (٢) .

* * *

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٣

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٢ ، ١٠٣

البيع الباطل

مادة (١٠٢) :

« البيع الباطل هو ما أُرِثَ خلا في ركن البيع
أو محله » .

المذكرة الإيضاحية

البيع الباطل : هو ما لم يشرع باصله ولا بوصفه ، فهو كل ما أُرِثَ
خلا في ركن البيع أو محله ، والمراد بركن البيع الرضا ويستدل
عليه بالإيجاب والقبول أو المتعاطى ، والمراد بمحله المبيع ، فالبيع
بالميتة حتف أنفها والدم باطل لوجود خلل فيه لأن هذه الأشياء
لا تعد مالا عند أحد من له دين مماوى (١) .

* * *

مادة (١٠٣) :

« يبطل بيع ما ليس بمال والبيع به » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ، ١٠٥ ، وفتح القدير ج ٥ ص ١٨٥

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٠

المذكرة الإيضاحية

المال هو ما يميل إليه الطبع ويمكن إدخاره لوقت الحاجة كما سبق تعريفه في أول البيوع ، والمراد بغير المال ألا يكون مالا في سائر الأديان كالترايب للقليل في محله والدم المسفوح والميتة حتف أنفها ، والمعدوم : كبيع حق التعلی ، والمضامين : ما في ظهور الآباء من المنى ، والملاقيح : ما في البطن من الجنين ، والنتاج . جبل الحيلة أى نتاج النتاج لحد لداية به مثلا ، فشكل ذلك لا يصلح مبيعا أو نمنا . ومن ربيع المعدوم ما إذا سمى للمبيع جنسا فاذا هو من خلافه فيبطل البيع ، والمراد بالجنس : الجنس الفقهي وهو المقول على كثير لا يتفاوت الفرض منها فاحشا ، فتلا الذكر والأنثى في بنى آدم جنسان لتفاوت الأغراض ، وفي سائر الحيوانات جنس واحد للتقارب فيها ، قال في الفتح ، ومن مختلفي الجنس ما إذا باع فصا على أنه ياقوت فاذا هو زجاج فالبيع باطل لعدم الجنس ، ولو باعه ليلا على أنه ياقوت أحر فطهر أنه أصفر صح البيع ويخير ، وإذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينمقد البيع ويخير لفوات الوصف .

مادة (١٠٤) :

« كل مال غير متقوم يبطل بيعه بالثمن ويفسد بالعوض » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٥ ، ١٠٦ ، ١٠٧

المذكرة الإيضاحية

المال نوعان : متقوم وغير متقوم ، والتقوم على ما ذكر في التلويح ضربان : عرقى : وهو بالاحراز فنير المحرز كالصيد قبل إحرازه .

وشرعى : وهو بإباحة الانتفاع به .

فالمال المتقوم : ما يباح الانتفاع به شرعا .

وغير المتقوم : ما لا يباح الانتفاع به شرعا كخمر وخنزير كذلك ميتة لم تمت حتف أنفها بل بالحنق ونحوه كالجرح والضرب من أسباب الموت عدا الزكاة الشرعية فإنها أى الميتة التى لم تمت حتف أنفها مال عند الذمى كخمر وخنزير ، وهذا إن بيعت بالثمن أى بالدين أى : ما يثبت فى الذمة كدراهم ودنانير ومكيل وموزون بطل فى الشكل فى حق المسلم ، وهذا البطلان لأن المبيع هو الأصل وليس هذا محلا للتملك فبطل فيه فكذا فى الثمن بخلاف ما إذا كان الثمن عيننا كعرض فإن البيع يبطل فى الحظر ويفسد فى العرض لأنه مبيع بين وجه مقصود بالتملك ، ولكن فسدت التسمية فوجبت قيمته فيملكه بالقبض بهذه القيمة (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٨ .

(١٢) تقنين الشريعة ج ٤ - ١٧٧

مادة (١٠٥) :

« إذا بيع مال متقوم منضاً إليه مالا يصح بيعه بطل البيع وإن سمي لكل ثمن »^(١).

المذكرة الإيضاحية

إذا ضم إلى ما يصح بيعه شرطا كالشاة المذكاة مالا يصح بيعه شرطا كالشاة التي ماتت حتف أنفها فالبيع باطل عند الإمام وإن مسمى للمذكاة ثمن ولقي ماتت حتف أنفها ثمن آخر لأن الصفقة متحدة ، والمبتة التي ماتت حتف أنفها لا تدخل تحت العقد لأنها ليست بمال عند أحد من له دين مماوى فكان القبول فيه شرطا للبيع في الذكية ، وهو شرط فاسد فيبطل البيع في الذكية .

وقال الصاحبان : إذا فصل ثمن كل جاز في الذكية بمحضتها من الثمن لأن الصفقة متعددة معنى فلا يسرى الفساد من إحداها إلى الأخرى .

ومبنى الخلاف : أن الصفقة لا تعتمد بمجرد تفصيل الثمن بل لا بد من تكرار لفظ العقد عند الإمام خلافا لها .

وظاهر النهاية : يعتبر أنه فاسد ، وعزا هذا القهستاني للمحيط والمبسوط وغيرهما .

(١) ابن مدين ج ٤ ص ١٠٨ ، ١٠٩

ومقتضى قوله : فكان القبول شرطاً فاسداً الخ أن يكون البيع فاسداً لا باطلاً فيوافق ظاهر النهاية ولعل في المسألة قولين .
وكذا تعليلهم بأنه يسع بالحصة ابتداء يقتضى الفساد ، لأن يسغ الحصة ليس فيه إلا الحلل في الثمن وهو يقتضى الفساد .
فالظاهر أن يحمل البطالان على الفساد لا العكس خلافاً لما رجحه ابن عابدين اهـ « من التمليق على ابن عابدين » .

مادة (١٠٦) :

« إذا بيع ملك منضمّاً إليه وقف فالبيع صحيح في الملك إلا إذا كان المنضم إليه المسجد العامر فهو باطل » (١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا بيع ملك ضم إليه وقف المسجد العامر ، فالبيع باطل في الملك والوقف معا ، لأن وقف المسجد العامر لا يعتبر مالا ، ولو من وجه وما ليس بمال لا يكون محلاً للبيع الذي هو مبادلة بالمال ، وإذا بطل فيما هو المسجد بطل فيما ضم إليه ، حيث إن الصفقة واحدة .
وإذا ضم الى الملك وقف المسجد العامر (الحراب) أو غيره من سائر الأوقاف ولو عامرة ففيه روايتان :

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٩ ، ١١٠

الأولى : البطلان فيهما لأن الوقف لا يقبل التملك والتملك .

الثانية : أنه صحيح في الملك ، فاسد في الوقف لأن وقف المسجد العامر (الحراب) يجوز بيعه إذا خرب في أحد القولين فصار مجتهداً فيه ، فيصح بيع ما ضم إليه ، ومثله جميع الأوقاف ولو عامرة ، فإنه يجوز بيعها عند الحنابلة ليشتري بها ما هو خير منها كما في المعراج .
قال ابن عابدين ما ملخصه : والحاصل أن هنا مسألتين :

الأولى : أن يبيع الوقف باطل ، ولو كان غير مسجد خلافاً لمن أفتى بفساده ، لكن المسجد العامر ليس بمال من كل وجه وغيره مال من وجه من حيث كونه مجتهداً فيه .

الثانية : إذا كان مالا من وجه يكون بيع ما ضم إليه الوقف صحيحاً ، ولو كان الوقف محكوماً به خلافاً لما أفتى به المفتي أبو السعود ، الذي قبله بما إذا لم يحكم بلزومه .

ولو بيعت أرض فيها مساجد ومقابر ولم يستثنها فالبيع صحيح على الأصح في الأرض ، لأن المساجد والمقابر مستثنى عادة فلم يوجد ضم الوقف إلى الملك ، بل البيع واقع على الملك وحده .

مادة (١٠٧) :

« يبطل بيع المجنون وبيع المعتوه والصبي الذين لا يعقلان » (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٠

المذكّرة الإيضاحيّة

يبطل بيع المجنون المطبق وكذا بيع الذي يفبق ويجن إذا باع حالة جنونه ، وذلك لانعدام الأهلية فيهما ، ويبطل كذلك بيع العبي والمعتوه اللذين لا يعقلان لمجزهما عن الفهم بخلاف الذي يعقل منهما .

* * *

مادة (١٠٨) :

« يبطل بيع شعر الآدمي »^(١) .

المذكّرة الإيضاحيّة

لا يجوز بيع شعر الإنسان لأن الآدمي مكرم شرعاً ، وإن كان كافراً قال تعالى : « ولقد كرّمنا بني آدم » الآية ، فأراد العقد عليه وابتذله وإلحاقه بالجمادات إذلال له وهو غير جائز ، وبعضه كالشعر مثلاً في حكمه وصرح في فتح القدير بطلانه .
وكما لا يجوز بيعه لا يجوز الاتّفاع به لحديث « لعن الله الواصلة والمستوصلة » .

(١) ابن عابدين ج ١ ص ١١٠

قال الزيلعي : إنما لنا الانتفاع به لما فيه من إهانة المكرم اهـ .
ويرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائهن هداية .

مادة (١٠٩) :

« يبطل بيع ماسيملكه إلا بطريق السلم »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

للإنسان أن يبيع ملك غيره بطريق الوكالة أو الفضول والأول صحيح نافذ والثاني صحيح موقوف على إجازة المالك ، ويبطل بيع ماسيملكه قبل ملكه له لبطلان بيع المعدوم كنتاج النتاج ، ويبع ماله خطر العدم كالحمل واللبن في الضرع فانه على احتمال عدم الوجود ، وإنما بطل في المعدوم وماله خطر العدم لأن من شرط المعقود عليه أن يكون موجوداً مالا متقوماً مملوكاً في نفسه وأن يكون ملك البائع فيما يبيعه لنفسه وأن يكون مقدور التسليم (منح) .

وهذا البطلان إذا كان البيع بغير طريق السلم ، أما إذا كان

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٠

بطريق السلم فإنه يصح أن يبيع لنفسه ما ليس في ملكه لأنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم ، وكذا يصح أن يبيع ما غصبه ثم أدى ضمانه كما تقدم في أول البيوع .

• • •

مادة (١١٠) :

« لا يترتب على البيع الباطل ثبوت ملك التصرف للمشتري
فإذا هلك المبيع في يده بلا تعدل يضمنه » ^(١) .

المذكرة الإيضاحية

البيع إذا وقع باطلا لا يفيد ملك التصرف وإن اتصل به القبض ،
فلو هلك المبيع عند المشتري بلا تعدل يضمنه لأنه أمانة في يده ،
وذلك لأن العقد قد بطل وإذا بطل بقي مجرد القبض باذن المالك
وهو لا يوجب الضمان إلا بالتعدى (درر) .

وقال فيه أيضاً : يكون مضموناً لأنه يصير كالقبض على سوم
الشراء وهو المأخوذ ليشتري مع تسمية الثمن كأن يقول : اذهب بهذا
فاذا رضيت به اشتريته بما ذكر (درر) .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ١٧٨ ، والعناية ، وابن هابدين ج ٤ ص ١١٠

وفى النهر : واختار السرخسى وغيره أن يكون مضموناً بالمثل
أو بالقيمة لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء لوجود
صورة العلة دون المقبوض على سوم الشراء وهو قول الأئمة الثلاثة .
وفى الفنية : أنه الصحيح لكونه قبضه لنفسه فشابه النصب ،
قبل وعليه الفتوى ، وقيل الأول : أى عدم الضمان قول أبى حنيفة ،
والثانى : أى الضمان قولهما وتماه فيه .

مادة (١١١) :

« يبطل البيع المصرح فيه بنفى الثمن »^(١).

المذكّرة الإيضاحيّة

البيع الذى صرح فيه بنفى الثمن يقع باطلاً ، وذلك لانعدام ركن
البيع وهو المال أى من أحد الجانبين فلم يكن بيعاً ، وقيل ينعقد لأن
نفيه لم يصح لأنه نفى للعقد فصار كأنه سكّت عن ذكر الثمن ، وفيه
ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض « أفاده فى الدرر » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١١

مادة (١١٢) :

«بيع شعر الخنزير باطل وإن جاز الانتفاع به لضرورة»^(١).

المذكرة الإيضاحية

الخنزير نجس العين بجميع أجزائه فيبطل بيع شعره لهذه النجاسة .
وأورد في الفتح على هذا التعليق بيع السرقين فإنه جائز للانتفاع
به مع أنه نجس العين ١ هـ .

قال في النهر كرد على الفتح : (بل الصحيح من الإمام أن
الانتفاع بالمذرة الخاصة جائز ١ هـ . قال ابن عابدين (أى مع أنه
لا يجوز بيعها خاصة) ، وقد نقل بطلان بيع شعر الخنزير في
الشر بنبلالية عن البرهان وفيه اعترض على صاحب تنوير الأبصار حيث عده
في الفاسد ، قال ابن عابدين : لكن قد يقال : أنه مال في الجملة حتى
قال محمد بطهارته لضرورة الحرز به للنعال والأخفاف .

قال في الدر : وجواز الانتفاع به للضرورة إذا وجد بلائمن
وأما إذا لم يوجد إلا بشمن فيجوز شراؤه ويكره البيع لأنه لا حاجة
إليه للبائع فلا يطيب ثمنه له .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٨ ، ١١٩ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٠٢ ،

قال في النهر : وينبغي أن يطيب للبائع الثمن على قول محمد .
 قال صاحب الدر المختار في شأن استعماله للضرورة : (ولعل هذا
 في زمانهم أما في زماننا فلا حاجة إليه كما لا يخفى) وذلك للاستغناء
 عنه بالمحارز والإبر .

* * *

مادة (١١٣) :

« إذا باع المرء مال غيره لنفسه أو من نفسه أو شرط
 الخيار فيه للمالكه ، فالبيع باطل » (١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع شخص مالا يملكه غيره لحساب نفسه يبطل بيمه لإضافته
 لنفسه وهو غير مالك في الحقيقة ، أو باعه من نفسه « اشتراه » فالبيع
 باطل كذلك ، لأن الإنسان لا يتولى الطرفين في البيع ، وكذا يبطل
 إذا شرط خيار الشرط فيه للمالكه المكلف وهو ثلاثة أيام فقط ،
 لأن من وقع له عقد الفضولي يثبت له الخيار بلا شرط غير مقيد بمدة
 فكان اشتراط الخيار له ثلاثة أيام فقط مخالفا للنص لأنه لا فائدة

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٢ ، ١٤٣ .

فيه بل فيه ضرر بقصر المدة ، فلذا لم يتوقف على الإجازة بل بطل
لضعف عقد الفضولي ، وقد رجح ابن عابدين فساده .

مادة (١١٤) :

« بيع ما فيه غرر باطل »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا صاحب عقد البيع غرر فانه يفسده فلو باع حملا (جنينا)
يقع البيع فاسدا لما فيه من الغرر وهو الشك في وجود الحمل ،
وقد حزم في البحر بطلانه لثبته صلى الله عليه وسلم عن بيع للضامين^(٢)
والملاقيح^(٣) ، وجعل الحيلة ولما فيه من الغرر ويفسد بيع اللبن
في الضرع ، وحزم البرجندی بطلانه كما يفسد البيع فيما لو باع لؤلؤا
في صدفه للغرر أيضا ، لأنه لا يعلم وجوده ، وينبغي أن يكون باطلا
فهو مثل اللبن ، « رملى » ، قال ابن عابدين : ويؤيده ما في التنجيس
رجل اشترى لؤلؤة في صدف قال أبو يوسف البيع جائز وله الخيار
إذا رآه ، وقال محمد : البيع باطل للجهل وعدم القدرة على الاطلاع ،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٢ ، ١١٣

(٢) ما في بطون الإناث من الأجنة .

(٣) ما في ظهور الذكور من المني .

إذ لا يمكن الاطلاع إلا بكسر الصدف وفي ذلك ضرر على صاحبه
 إذ يحتمل ألا يوافق رغبة المشتري ، وقال أبو يوسف : لا ضرر
 في كسر الصدف إذ لا ينتفع به إلا بالكسر ، فكان مثل غلاف
 الجيوب ، وصارت الفتوى على قول محمد بطلان البيع ، قال الزيلعي :
 بخلاف ما إذا باع تراب الذهب والحبوب في غلافها حيث يجوز
 لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض أيضاً ، قال في النهر : وينبغي
 أن يكون من ذلك الجوز الهندي ، وكذا يفسد في ضربة القانص وهو
 الصائد بالآلة في البر أو البحر بأن يقول بعثك ما يخرج من إلقاء هذه
 الشبكة بكذا من النقود ، وكذا في القانص (الغواص) وهو الذي
 يغوص بنفسه لإخراج اللؤلؤ كأن يقول : أغوص غوصة فما أخرجته
 من الآلة فهو لك بكذا من النقود ، ورأى صاحب تنوير الأبصار
 أن البيع فيها باطل وأنه يجب أن يراد بالفاسد الباطل لأنه مما ليس
 في ملكه .

* * *

مادة (١١٥) :

« بيع جلد الميتة بالثمن قبل دبه » (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٩ ، ١٢٠ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٠٣

المذكرة الإيضاحية

جلد المذبوحة يجوز بيعه قبل دبقه إذا جلد يطهر بالذكاة وأما بيع جلد الميتة قبل دبقه فإنه يقع باطلاً إن كان بالثمن لأنه مبيع من كل وجه ، وأما بعد دبقه فإنه يباع وينتفع به لغير الآكل لطهارته ، إلا جلد الإنسان فإنه لا يباع لكرامته ، وجلد الخنزير والحية لإهانتهم ولعدم عمل الدباغة فيه .

* * *

مادة (١١٦) :

« يبيع غير مقدور التسليم بالثمن باطل »^(١).

المذكرة الإيضاحية

إذا كان المبيع غير مقدور التسليم وقت العقد فإن البيع يكون باطلاً إذا كان بالثمن ، كما لو باع حيواناً ناداً لا يمكن تسليمه ، لأنه لا يمكن جعل الثمن مبيعاً ولو من وجه .

* * *

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٤ ص ١١١

البيع الفاسد

مادة (١١٧) :

« البيع الفاسد هو كل ما أورث خلافا فيما عدا ركن البيع ومحلّه »^(١).

المذكّرة الإيضاحيّة

البيع الفاسد هو ما شرع بأصله دون وصفه وأورث خلافا فيما عدا ركن البيع ومحلّه .

والمراد بمشروعية أصله أن يكون مال متقوما ، وليس المراد جوازه لأن الفساد يتنافى الجواز .

* * *

مادة (١١٨) :

« إذا باع الوصي مال اليتيم بغبن فاحش فسد البيع »^(٢).

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٥ ، وفتح القدير ج ٥ ص ١٨٥ ، ١٨٦ .

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٠ ، ١١١ .

المذكرة الإيضاحية

الفن الفاحش : المشهور في تفسيره أنه مالا يدخل تحت تقويم
المقومين ، وبيع الوصى هذا الفن قيل إنه باطل ، وقيل إنه فاسد ،
ورجع في البحر فساد حيث قال : ينبى أنه يجرى للقولان في بيع
الوقف المشروط استبداله أو الخراب الذى جاز استبداله إذا بيع بفن
فاحش ، وينبى ترجيح الثانى فيما (أى كون البيع فى الصورة
المذكورة فاسدا) لأنه إذا ملك بالقبض وجبت قيمته فلا ضرر على
اليتم والوقف ١٥ .

قال ابن عابدين : وينبى ترجيح الأول (كون البيع باطلا
فى الصورة المذكورة) حيث لزم الضرر يعنى إذا تبين ذلك بأن كان
المشتري مفلسا أو محاطلا .

• • •

مادة (١١٩) :

« بيع المضطر وشراؤه بفن فاحش فاسد »^(١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١١ ، والهداية ج ٣ كتاب الإكراه

المذكرة الإيضاحية

المضطر هو الذي تلجئه الضرورة أو الإكراه إلى بيع شيء من ماله ، ولم يرض المشتري إلا بشرائه بدون ثمن المثل بغير فاحش ، أو تلجئه الضرورة أو الإكراه إلى شراء طعام أو شراب أو لباس أو غيرها ولا يبيعه البائع إلا بأكثر من ثمنها بكثير فإنه إذا باع أو اشترى في حالة الاضطرار هذه فيبيعه وشراؤه فاسد لا ينقطع حقه عنه ، ولو لحقه القبض إلا بقبض تأيد بالرضا من جهةه بأن قدم المبيع أو الثمن طائعا بعد زوال حالة الاضطرار .

مادة (١٢٠) :

« البيع المسكوت فيه عن الثمن فاسد » (١).

المذكرة الإيضاحية

يفسد البيع إذا سكت فيه عن ذكر الثمن لأن مطلق البيع يقتضي المعارضة ، فإذا سكت كان غرضه القيمة ، فكأنه باع بقيمته فيفسد ولا يعطل (درر) .

(١) ابن طابدين ج ٤ ص ١١٦ .

وإنما فسد ولم يبطل ، لعدم انعدام ركن البيع وهو المال أى من أحد الجانبين .

* * *

مادة (١٢١) :

« يفسد بيع عرض بخمر وعكسه »^(١) .

المذكورة الإيضاحية

العرض : هو المتاع القيمي (ابن كمال) فيفسد بيعه بالخمر ولم يبطل لأنه وإن كان بيعه بغير متقوم ، لكن الخمر مال في الجملة عند القدميين ، وكذلك يفسد عكسه وهو بيع الخمر بالعرض بأن أدخل الباء على العرض ، فينعقد في العرض لإمكان جعل الخمر ثمتا ، لأنها مال في الجملة ، وقد سبق في المادة (١٠٤) أنه إن بيعت الخمر بعين كعرض بطل في الخمر وفسد في العين لأنه مبيع من وجه ، وهو مقصود بالتلك ، وإن دخلت عليه الباء ، ولكن فسدت التسمية ، فيملكه بالتبض باقية ، وهذا في حق المسلم ، وذلك بخلاف بيع العرض بدم أو ميتة فإنه باطل لعدم إمكان جعله ثمتا .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١١

« بيع غير مقدور التسليم بالعرض فاسد » ^(١).

المذكرة الإيضاحية

إذا كان المبيع غير مقدور التسليم فإن بيعه يكون فاسدا إذا كان بالعرض لإمكان جعل العرض مبيعا فهو كالبيع المسكوت فيه عن الثمن ، وكذا يكون البيع فاسدا فيما لو باع ممكنا بعد صيده ثم ألقاه في مكان لا يؤخذ منه إلا بحيلة وذلك للعجز عن التسليم ، فلو أمكن أخذ السمك من المكان الذي ألقى فيه بدون حيلة يصح البيع ويثبت للمشتري خيار الرؤية خارج الماء ، لأنه يتفاوت في الماء وخارجه ، وكذا يكون البيع فاسدا إذا باع طيرا ، ولو كاله حالة كونه في الهواء ولا يرجع بعد إرساله من يده ، لأنه غير مقدور التسليم ، ولو سلمه بعد البيع لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ ، وعلى قول الكرخي يعود ، وكذا عن الطحاوي وأطلقه فشمعل ما إذا كان الطير مبيعا أو ثمنا ، فلو كان الطير المبيع يطير ويرجع كالحمام صح البيع كما في الهداية والحانية ، وكذا في الذخيرة عن المنتقى (بحر) .

* * *

مادة (١٢٣) :

« بيع ما لا يصح الاستثناء منه فاسد مع الاستثناء »^(١).

المذكرة الإيضاحية

يفسد البيع فيما لا يمكن الاستثناء منه ، كما لو باع حيوانا واستثنى
حمله فيفسد بيع هذا الحيوان إذ القاعدة ما لا يصح إفراده بالعقد
فلا يصح استثناءؤه منه لأنه بمنزلة الأطراف فصار استثناءؤه شرطا
فاسدا وفيه منفعة للبائع فيفسد البيع .

* * *

مادة (١٢٤) :

« يفسد بيع ما ليس بمال متقوم في نفسه »^(٢).

المذكرة الإيضاحية

البيع الذي فيه مال لا قيمة له في نفسه يكون فاسداً كما في بيع
الصوف على ظهر الغنم للنهي عنه ، ولأنه قبل الجز ليس بمال متقوم
في نفسه لأنه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر أطرافه فهو

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٢ ، ١١٣

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٣

كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالبيع (فتح) ولأنه يزيد من أسفل
فيختلط المبيع بغيره ، وفي رواية أن يبيع الصوف على ظهر الغنم جائز
كما في الهداية ، وعلى القول بالفساد ففي السراج لو سلم الصوف واللبن
بعد العقد لم ينقلب البيع صحيحاً ، فكذا كل ما اتصاله خلق كجلد حيوان ،
ونوى تمر ، وبن ، وبذر بطيخ . وخطئة في سبيلها لأنه معدوم عرفاً .
ومقتضى هذا الكلام أن البيع في هذه الصورة باطل وإلا لصح
البيع بزوال الفساد ، وإنما صححوا بيع الكراث ، وشجر الصفصاف
وأوراق التوت بأغصانها ، وقوائم الخلاف مع أنها تزيد للتعامل
إذ لا نص فيه ، فلا يلحق به المنصوص عليه ، وأيضاً فالقوائم تزيد من
أغصانها أي فلا يحصل اختلاط المبيع بغيره بخلاف الصوف ويعرف ذلك
بالخضاب كما أفاده الزيلعي ، فإن الصوف إذا خضب يعلو الخضاب مع
أطرافه ، والقوام لو ربط بأسفلها خيط ارتفعت الأغصان من أعلاه .

مادة (١٢٥) :

«يفسد بيع ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر ويبيع فيه جهالة»^(١).

المذكرة الإيضاحية

إذا لم يمكن تسليم المبيع إلا بمحصول ضرر فإن البيع يقع فاسداً
كعجذع مثلاً وهو القطعة من النخل أو غيره توضع عليها الأخشاب إذا

(١) فتح القدير نقلاً عن ابن عابدين ج ٤ ص ١١٢

بيع وهو في السقف سواء أكان معيناً أو غير معين ، فإن البيع يكون فاسداً للضرر في تسليم المبيع في الأول وللضرر والجهالة في الثاني ، وكذلك إذا بيع ذراع من ثوب يضره التبعيض كالثوب المهيأ للبس ، وأيضاً لا يجوز بيع حلية من سيف ، وبيع فص من خاتم مركب فيه ، وكذا بيع نصف زرع لم يدرك ، لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع جميعه ، وكذا نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه فإن البيع يكون فاسداً وذلك للجهالة ، ولعدم إمكان التسليم إلا بضرر ، أما لو قطع وسلم قبل فسخ المشتري عاد البيع صحيحاً ، ولو غير معين وحزم به في الفتح لأنه معمل بلزوم الضرر والجهالة ، فإذا تحمل البائع الضرر وسلمه زال المفسد وارتفعت الجهالة أيضاً ولو لم يضره القطع ككرباس جاز البيع ، كما يجوز بيع قفيز من صبرة لاستفاء المانع .

* * *

مادة (١٢٦) :

« بيع المزبنة فاسد » ^(١) .

المذكرة الإيضاحية

المزبنة من الزين : وهو الدفع لأنها تؤدي إلى النزاع ، والمدافعة كما في البحر عن الفائق وهي : بيع الرطب على النخل بتمر مقطوع مثل كيله تقديراً : أي بأن يقدر الرطب الذي على النخل بمقدار مائة

(١) ابن عابدين - ٤ ص ١١٤

صاع مثلاً بطريق الظن والحزر فيبيعه بقدره من التمر ، ومثله العنب
أى على السكرم بالزبيب (عناية) .

فالبيع حينئذ يكون فاسداً للهي ، ولشبهة الربا لأنه بيع مكمل
بمكمل من جنسه مع احتمال عدم المساواة بينهما بالمكمل ، فلو لم يكن
ما بيع بالتمر المقطوع رطباً أو ما بيع بالزبيب عنبا جاز لاختلاف الجنس .

* * *

مادة (١٢٧) :

« يفسد بيع ما فيه معنى المقامرة »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

كل بيع فيه معنى المقامرة يكون فاسداً ، فبيع الملامسة للسلعة وهى :
أن يلمس كل من المتبايعين ثوب صاحبه بغير تأمل ليلزم اللامس البيع
من غير خيار له عند الرؤية ، وهذا بأن يكون مثلاً فى ظلمة أو يكون
الثوب مطوياً مرثياً ، يتفقان على أنه إذا لمسه فقد باعه منه ، وفساده
لتعليق التعليك على أنه متى لمسه وجب البيع وسقط خيار المجلس .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٤ ، ١١٥

وكذلك الحكم في بيع المنابذة : أى نبذ السلعة للمشترى ، بأن
 ينبد كل واحد من المتبايعين ثوبه إلى الآخر ولا ينظر كل واحد منهما
 إلى ثوب صاحبه على جعل النبد بيعا ، وكذلك الحكم بالقاء الحجر ،
 وهو : أن يلتقى حصاة أو نحوها ، وثمة أثواب فأى ثوب وقع عليه كان
 المبيع بالاتأمل ورؤية ، ولا خيار بعد ذلك ، ولا فرق بين أن يكون
 المبيع معيناً أو غير معين .

وهذه كانت بيوتا يتعارفونها فى الجاهلية فهى عن هذه البيوع
 كلها (عنى) .

وفى الصحيحين من حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله
 ﷺ : « نهى عن الملامسة والمنابذة » والنهى لما فى كل من الجهالة
 وتعليق الملك بالخطر ، ولوجود القمار . أى بسبب تعليق التملك بأحد
 هذه الأفعال ، فكل هذه البيوع تكون فاسدة إن سبق ذكر الثمن
 (بحر) أى لتسكون علة لفساد ما ذكر وإلا كان الفساد لعدم ذكر
 الثمن أيضاً إن سكت عنه لما صر فى المادة (١٢٠) أن للبيع المسكوت فيه
 عن الثمن فاسد .

مادة (١٢٨) :

« بيع المبهمة القيمي فاسد إذا لم يشترط خيار التعيين » ^(١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٥ ، وفتح القدير ج ٥ ص ١٩٧

المذكرة الإيضاحية

بيع المبهم المثلئ صحيح كبيع قفيز حنطة من صبرة .
وأما بيع المبهم القيمي فإنه فاسد لجهالة المبيع كبيع ثوب من ثوبين
مثلا ، ولم يشترط خيار التعيين وكانا غير مرتبين .

ويترب على فساد البيع أن المشتري لو قبض الثوبين وهلكا مما
ضمن نصف قيمة كل إذ الفاسد ملحق بالصحيح وضمان المشتري لنصف
قيمة كل من الثوبين لأن أحدهما مضمون بالقيمة لأنه مقبوض بحكم
البيع الفاسد والآخر أمانة وليس أحدهما بأولى من الآخر فشاعت
الأمانة والضمان « بحر » .

أما لو اشترط الخيار وقبض المشتري الثوبين على أنه بالخيار في أن
بأخذ أحدهما فإنه يجوز استحسانا ، فإذا هلكا ضمن نصف ثمن كل
واحد ، والقيمة في الفاسد كالثمن في المبيع الصحيح كما في البحر .

ولو باع الثوبين مرتبين وهلكا في يد المشتري فعليه قيمة ما هلك
أولا لتعذر رده فتعين مضمونا ويكون القول للضامن في تعيين الهالك .
وذلك بأن اختلف الثوبان وادعى الضامن أن الهالك هو الأقل
قيمة وعكس الآخر ، ولو برهنا فبرهان البائع أولى كالنصريح في خيار
التعيين .

مادة (١٢٩) :

« يفسد بيع المراعى المباحة »^(١).

المذكّرة الإيضاحيّة

المراعى جمع مرعى بفتح الميم وهو يطلق تارة على مكان الرعى بفتح الراء وتارة على الرعى بكسر الراء وهو السكّال الذى هو العشب، قال فى البحر : يدخل فيه جميع أنواع ما ترعاه المواشى رطباً كان أو يابساً بخلاف الأشجار لأن السكّال ما لاساق له والشجر له ساق فلا تدخل فيه السكّاة كالسكّال .

فاذا أريد بالمراعى المكان فيجوز بيعه كما صرح بذلك الفتح أى إذا ملكه . وأما إذا أريد به السكّال كما هنا فيكون بيعه فاسداً لعدم الملك لحديث : (الناس شركاء فى ثلاث فى الماء والسكّال والنار) أى شركة بإباحة لملك ، وهذا إذا نبتت المراعى بأنفسها .

أما إذا أنبتّها سقى وتزيتة ملكها فيجوز له بيعها « عني » .

وهناك رأى بعدم جواز بيعها أيضاً ، وقد عبر شارح تنوير الأبصار بطلان البيع والأولى التعبير بفساده كسلك صاحب تنوير الأبصار .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٥ ، ١١٦ ، وفتح القدير ج ٥ ص ١٩٧

وكا يفسد بيع المراعى تفسد إجارتها لأنها إجارة على استهلاك
عين (عنى) .

مادة (١٣٠) :

«بيع الهوام عدا دود القز وبيضه والنحل المحرز فاسد»^(١) .

المذكّرة الإيضاحيّة

لا يجوز بالاتفاق بيع الهوام كالحيات والضب والفأرة والوزغة
والسلحفاة والقنفذ وكل ما لا ينفع به ولا يجلده ، وكذا لا يجوز بيع
الضفدع والسرطان ، قال فى الحاوى الزاهدى : وبطل بيع الأسد
والدئب وسائر الهوام والحشرات ولا يضمن متلفها ، ويجوز بيع
ما ينفع بجلده أو عظمه وبيع غير السمك من دواب البحر إن كان
له ثمن كالسقمقور وجلود الحنز ونحوها ، وكذا يجوز بيع البازى
والشاهين والصقر وأمثالها والهرة ويضمن متلفها ، ويجوز بيع ريش
الرخمة والحدأة وأمثالها مع عدم جواز بيع الرخمة والحدأة ، وفى
الحانية يجوز بيع السكاب المعلم وكذا السنور وسباع الوحش والطير
معلماً أو غير معلم ، ويجوز بيع الفيل ، وفى بيع القرد روايتان

(١) فتح القدير ج ٥ ص ١٩٨، ١٩٩ . وابن عابدين ج ٤ ص ١١٦، ١١٧

عن أبي حنيفة ، ونقل السائمانى عن الهندية ويجوز بيع سائر الحيوانات
سوى الخنزير وهو المختار ، وعليه مشى فى الهداية وغيرها من باب
المتفرقات .

وفى الحاوى الزاهدى : يجوز بيع الحيات إذا كان ينفع بها
للأدوية وكذلك يجوز بيع بعض الموام كدود القز ويضه أى بذره
وهو بذر الفيلق الذى فيه الدود والمسمى الآن بالشرانق ، وكذا يجوز
بيع النحل إذا كان محرزاً وهو دود العسل وهذا عند محمد وبه قالت
الأئمة الثلاثة وبه يفتى (عيسى وابن ملك وخلاصة وغيرها) ، وجوز
أبو الليث بيع العلق وهو شئ أسود شبيه الدود يكون فى الماء يطلق
بافواه الإبل عند الشرب ، ويجوز بيعه يفتى لحاجة الناس إليه ، وفى
زماننا يحتاج إليه للتداوى بمصه ادم .

« والحاصل » أن جواز البيع يدور مع حل الانتفاع (محتمل) ،
واعتمده المصنف صاحب تنوير الأبصار .

مادة (١٣١) :

« يفسد بيع لبن المرأة ولو فى وعاء »^(١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١١٨ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٠١

المذكرة الإيضاحية

لا يجوز بيع لبن المرأة بل هو فاسد لأنه جزء الأدمى .
والأدمى لا يباع ولا يلزم تقييد ذلك بكونه متصلاً ، وما في البحر
من أن الأولى تقييده بذلك لأن حكم اللبن في الضرع تقدم ، دفعه في النهر
بأن الضرع خاص بذات الأربع كالثدي للمرأة ، فالأولى عدم تقييده
ليعم ما قبل الاتصال وما بعده .
وفي ذلك إشارة إلى أنه لا يضمن مثله لأنه ليس بمال .

* * *

مادة (١٣٢) :

« بيع جلد الميتة بالعرض قبل دبغه فاسد » (١) .

المذكرة الإيضاحية

جلد المذبوحة يجوز بيعه قبل دبغه إذ الجلد يطهر بالذكاة وأما
جلد الميتة قبل دبغه فانه يكون فاسداً إن كان بالعرض لأنه يمكن
أن يكون العرض مبيعاً من وجهه ، والجلد كأنه ثمن ولما كان غير صالح

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٣ ٢ ، وابن عابدين ج ٤ ص ١١٩ ، ١٢٠

للثمنية جعل كالبيع الذى سكت فيه عن الثمن وهو فاسد ، وأما بعد دبعه فإنه يباع وينتفع به لغير الأكل لطهارته بالدبغ إلا جلد الإنسان فإنه لا يباع لكرامته ، وجلد الخنزير والحية لإهائته ، ولعدم عمل الدباغة فيه .

وفى «المجمع» ونجيز بيع الدهن المتنجس والانتفاع به فى غير الأكل كالاستصباح والدباغة وغيرها (ابن ملك) ، وقيدوا الاستصباح لغير المسجد بخلاف الودك أى دهن الميتة لأنه جزؤها فلا يكون مالا «ابن ملك» وكذا الانتفاع به لحديث البخارى : «إن الله حرم الخمر والميتة والخنزير والأصنام» قيل : يارسول الله : أرايت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ، ويستصبح بها الناس قال لا : هو حرام «الحديث» ، وكما جاز الانتفاع بالدهن المتنجس فى غير الأكل ينتفع بكل مالا تحلله حياة من الميتة كمصها وصوفها وعظمها وشعرها وريشها ومنقارها وظلفها وحافرها فإن هذه الأشياء طاهرة لا تحلها الحياة فلا يحلها الموت .

مادة (١٣٣) :

«يفسد شراء ما باعه ممن اشتراه بالأقل من قدر الثمن

قبيل نقده» ^(١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٢٠ ، ١٢١ ، ١٢٢

المذكرة الإيضاحية

يكون شراء ماباعه بنفسه أو بوكيله من الذى اشتراه ولو حكماً كوارثه فاسداً إن كان بالأقل من قدر الثمن الأول ، وكالقدر الوصف كما لو باع بألف إلى سنة فاشترأ به إلى سنتين (بحر) قبل نقد الثمن الأول ، وقيد بالكل لأنه لا يجوز قبله وإن بقى درهم وبعده يجوز .

وفى الفنية : لو قبض نصف الثمن ثم اشترى النصف بأقل من نصف الثمن لم يجوز « بحر » .

فالخاص أن نقد كل الثمن شرط لصحة الشراء لافساده لأنه يفسد قبل نقد الكل أو البعض ، وصورة ذلك : باع شيئاً بعشرة ولم يقبض الثمن ثم شراء بخمسة لم يجوز ، وإن رخص السعر لأن تغير السعر غير معتبر فى حق الأحكام كما فى حق الغاصب وغيره فعاد إليه المبيع ، كما خرج عن ملكه فيظهر الربح « زيلعى » ، وعدم الجواز معلل بالربا أى لأن الثمن لم يدخل فى ضمان اليائع قبل قبضه ، فإذا عاد إليه عين ماله بالصفة التى خرج بها عن ملكه فصار بعض الثمن قصاصاً ببعض بقى له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص (زيلعى) .

وكما يفسد شراء ماباعه بنفسه يكون شراء من لا تجوز شهادته له كآبته وأبيه كشرائه بنفسه وذلك لاتصال منافع المال بينهم ،

فلا يجوز أيضاً ، ولا بد لعدم الجواز من اتحاد جنس الثمن ، وكون المبيع بحاله فان اختلف جنس الثمن أو تعيب المبيع جاز مطلقاً ، أى سواء كان الثمن الثانى أقل من الأول أولاً لأن الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس ١٥ فنع .

ولأن المبيع لو انتقص يكون النقصان من الثمن فى مقابلة مانقص من العين سواء كان النقصان من الثمن بقدر مانقص منها أو بأكثر منه (بحر عن الفتح) ، وقيد الفساد بالأقل من الثمن الأول لأنه يجوز بالأكثر منه ، وكذا يصح البيع فيما ضم إلى المبيع كأن يبيع بعشرة ولم يقبض الثمن ، ثم اشترى ما باعه مع شيء آخر بعشرة فسد الأول وجاز فى الآخر فيقسم الثمن على قيمتهما ولا يشبع الفساد لأنه طارىء ولمسكان الاجتهاد .



مادة (١٣٤) :

« يفسد بيع مسيل الماء وهبته ، إذا لم يبين مقدار المسيل
ويفسد بيع حق التسيل وهبته » ^(١) .

(١) ابن عابدين - ٤ ص ١٢٢ ، ١٢٤

المذكرة الإيضاحية

يفسد بيع مسيل الماء وهبته ، لأن المسيل مجهول إذ لا يدري قدر ما يشغله من الماء ، ويفسد أيضاً بيع حق التسييل وهبته سواء كان على الأرض لجهة محله كما مر أو على السطح لأنه نظير حق التعلل وبيع حق التعلل لا يجوز باتفاق الروايات لأنه ليس حقاً متعلقاً بما هو مال بل بالهواء فكذا نظيره ، وفساد بيع المسيل وهبته المتقدم ذكره فيما لو لم يبين مقدار المسيل ، أما إذا بين حد ما يسيل فيه الماء أو باع أرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسهيل فهو جائز وفي رواية أخرى أنه لا يجوز وصححه أبو الليث ، ويجوز بيع الشرب فإنه يجوز تبعاً للأرض بالإجماع ، ووحده في رواية واختاره مشايخ بلخ ، لأنه نصيب من الماء « درر » .

ومحل الاتفاق ما إذا كان شرب تلك الأرض فلو شرب غيرها ففيه اختلاف المشايخ كما في الفتح والنهر ، وظاهر الرواية فساد إلا تبعاً وهو الصحيح كما في الفتح ، وظاهر كلامهم أنه باطل ، قال في الحاشية : وينبغي أن يكون فاسداً لا باطلاً لأن بيعه يجوز في رواية وبه أخذ بعض المشايخ .

مادة (١٣٥) :

« يفسد البيع بثمن مؤجل إلى وقت لا يمكن ضبطه »^(١) .

(١) ابن عابدين - ٤ ص ١٢٤ ، ١٢٥ ، ١٢٦

المذكرة الإيضاحية

يفسد البيع إذا كان بثمن مؤجل لم يبين المتعاقدان فيه الوقت الذى أجل إليه كما إذا تباعا إلى الحصاد والدياس وقدم الحاج لأن هذه الأشياء تتقدم وتتاخر فلو عرفاه جاز ، كما إذا أجل إلى فطر النصرارى بعد ما شرعوا فى صومهم للعلم به وهو خمسة وخمسون يوماً الآن ، ولو تباعا بثمن مؤجل إلى قدوم الحاج والحصاد للزرع والدياس للحب والقطاف للغنم يفسد البيع ، إذ أن هذه الأشياء تتقدم وتتاخر ، ولو باع مطلقاً ولم يذكر الأجل المتقدمة فى أصل العقد بل ذكرت بعده ثم أجل الثمن إليها بشرط أن يكون ديناً صح التأجيل ، كما لو كفل إلى هذه الأوقات لأن الجهالة اليسيرة متحملة فى الدين والكفالة لا الفاحشة ، ويصح لو أسقط المشتري الأجل فى الصور المذكورة قبل حلوله وقبل فسخ العقد ، أما لو فسخ العقد بالفساد ثم أسقط الأجل لا يعود عقد البيع صحيحاً لارتفاعه بالفساد ، أما إذا باع وأجل الثمن بعد عقد البيع وكان عينا أو أجل المبيع ولو إلى أجل معلوم ففسد البيع (شئنى) .

* * *

مادة (١٣٦) :

« يفسد البيع إذا اقترن بشرط لا يقتضيه العقد ،

ولا يلائمه وفيه نفع لأحد المتعاقدين ، ولم يجر عرف به ،
ولم يرد شرع بجوازه ،^(١) .

المذكّرة الإيضاحيّة

يكون البيع فاسداً إذا كان فيه شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه ، ومعنى كون الشرط يقتضيه العقد : أنه يجب بالعقد من غير شرط ، ومعنى كونه ملائماً : أن يؤكد موجب العقد كذا في الذخيرة ، وفي السراج الوهاج : « أن يكون راجعاً إلى صفة الثمن أو المبيع ، ولا بد من أن يتوفر في الشرط الذي يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه شرطان .

١ — أن يكون مقارناً للعقد ، لأن الشرط الفاسد لو التحق بعد العقد قبل بلتحق عند أبي حنيفة وقيل لا وهو الأصح كما في جامع الفصولين .

٢ — أن يكون فيه نفع لأحد المتعاقدين ، والمراد بالنفع ، ما شرط من أحد المتعاقدين على الآخر ، فلو على أجنبي لا يفسد ويبطل الشرط كما في الفتح عن الولو الجبة ، بمنك الدار بألف على أن يقرضني فلان الأجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري لا يفسد البيع لأنه لا يلزم الأجنبي ولا خيار للبائع اهـ خلاصاً .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٢٦ ، ١٢٧

والشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه إنما يكون مفسداً
 للبيع إذا توفر الشرطان ولم يجز العرف به ولم يرد الشرع بجوازه ،
 كشرط أن يقطع البائع الثوب ويخيط قباء له ، فإن جرى العرف به
 كبيع نعل مع شرط تشريكه أو ورد الشرط به كخيار للشرط
 فلا فساد .

حكم البيع الفاسد :

مادة (١٣٧) :

(١) حكم البيع الفاسد أنه لا يفيد ملك المبيع للمشتري
 إلا بعد القبض برضا للبائع .

(ب) ويملكه بمثله إن كان مثلياً وبقيمته إن كان قيمياً .

(ج) وعلى كل من المتعاقدين فسخه قبل القبض وبعده
 إذا كان قائماً بيد المشتري .

(د) ولا يتوقف الفسخ على القضاء إلا إذا أصر أحدهما
 على إمساكه^(١) .

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٠ ، ١٣١ وفتح
 القدير ج ٥ ص ٢٢٧ - ٢٣١

المذكرة الإيضاحية

حكم البيع الفاسد أنه لا يفيد ملك المشتري للبيع إلا بعد قبضه له برضا البائع صريحاً بأن أمره بالقبض أو دلالة بأن قبضه في مجلس العقد ولم ينه البائع عن قبضه ولم يكن في البيع خيار شرط .

فإذا هلك البيع بعد قبضه أو تعذر رده فإنه يملكه بمثله إن كان مثلياً فإن انقطع المثل بقيمته يوم الخصومة .

وإن كان البيع قيمياً يملكه بقيمته يوم قبضه إلا في ثلاث مسائل :

في بيع المازل ، وفي شراء الأب من مال طفله كذلك فإنه لا يملكه حتى يستعمله ، لأن قبض الأب حاصل فلا بد من الاستعمال حتى يتحقق قبض حادث .

وإذا ملكه تنبئت جميع أحكام الملك إلا أنه لا شفعة فيه ولا به لو كان عقاراً ، لأن حق البائع لم ينقطع لأنه على شرف الفسخ والاسترداد نقياً للفاسد . وإنما يملكه بالمثل أو القيمة حالة هلاكه أو تعذر رده لأنه إذا كان قائماً بحاله وجب رده عنه .

وإنما وجبت القيمة يوم قبضه لأنه دخل به في ضمانه فلا تعتبر زيادة قيمته كالمغصوب .

ويجب على كل من البائع والمشتري فسخ البيع الفاسد قبل القبض

أو بعده ما دام المبيع بحاله في يد المشتري ولم يتغير ، لأن الفساد
محصية يجب رفعها .

ولا يتوقف الفسخ على قضاء القاضى لأن الواجب شرعاً لا يحتاج
للقضاء إلا إذا أصر أحدهما على التمسك به وعلم القاضى بذلك فله
فسخه جبراً عليه حقاً للشرع .

مادة (١٣٨) :

«القول للمشتري مع يمينه في القيمة إذا تعذر رد المبيع^(١)»

المذكرة الإيضاحية

إذا تعذر رد المبيع واختلف البائع والمشتري في قيمته يكون
القول للمشتري مع يمينه لأنه ينكر الزيادة التي يدعيها البائع في القيمة
حيث أن المبيع دخل في ضمان المشتري يوم قبضه فلا تعتبر زيادة قيمته
كالمنصوب ، والقول للمنكر مع يمينه .

...

مادة (١٣٩) :

«إذا رد المشتري المبيع في البيع الفاسد على بائعه بوجه

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣١

من الوجوه ووقع في يده فهو متاركة للبيع وبرىء المشتري
من ضمانه « (١) .

المذكرة الإيضاحية

لا يضمن المشتري المبيع في البيع الفاسد إذا رده على صاحبه
ووقع في يده بوجه ما ، كأن وهبه له أو تصدق به عليه أو باعه له
أو أطاره أو آجره أو غصبه البائع أو كان عنده وديعة أو رهنا ،
والأصل في ذلك أن المستحق بجهة كجهة الرد لفاسد هنا إذا وصل
إلى المستحق بجهة أخرى كالجهة ونحوها اعتبر واصلاً بجهة مستحقة
إن وصل إليه من المستحق عليه وإلا فلا ، أى وإن لم يصل من جهة
المستحق عليه بل وصل من جهة غيره إن لم يكن وكيل له فلا يعتبر
حتى أن المشتري فاسداً إذا وهب المشتري من غير بائنه أو باعه لرجل
فوهبه الرجل من البائع الأول وسلمه لا يبرأ المشتري عن ضمانه ،
ولم يعتبر المعين واصلاً إلى البائع بالجهة المستحقة لما وصل من جهة
أخرى (جامع الفصولين) .

• • •

مادة (١٤٠) :

« إذا تصرف المشتري في المبيع بيعاً فاسداً الغير

(١) ابن عابدين ص ١٣٢ ، ١٣٣ وفتح القدير ص ٥ من ٢٣٣ ، ٢٣٤

بأنه تصرفاً صحيحاً أخرجه عن ملكه بعد قبضه ينفذ البيع
ويمتنع الفسخ إلا إذا كان البيع الأول مشوباً بالإكراه^(١).

المذكرة الإيضاحية

إذا تصرف المشتري في المبيع بيعاً فاسداً بعد قبضه تصرفاً صحيحاً
باتاً أخرجه عن ملكه كبيع وهبة ، فإذا كان هذا التصرف للبائع
فإنه يعتبر نقضاً للبيع الأول ، وأما إذا كان التصرف لغير البائع
فإنه ينفذ في البيع وفي الهبة بعد تسليمها ويمتنع الفسخ لتعلق حق
العبدية وهو المشتري الثاني وهذا إذا كان فساد البيع الأول بغير
الإكراه ، وأما إذا كان الفساد بالإكراه فلا ينقطع به حق استرداد
البائع المبيع وإن تداولته الأيدي وينقض كل تصرف للمشتري يمكن
نقضه لتعلق حق البائع الأول به قبل المشتري الثاني ، وإذا لم يمكن
نقض التصرف بأن هلك المبيع فإنه يتمين فيه أخذ القيمة من المكره
بكسر الرأء وكذا لا يمتنع الفسخ إذا كان البيع الثاني فاسداً أو فيه
خيار لأن البيع فيهما ليس ب لازم ولم يدخل المبيع في ملك المشتري
في صورة الخيار .

* * *

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٢ ، ١٣٣ ، والهداية من باب الإكراه

ج ٣ ص ٢٠١ طبعة صبيح

مادة (١٤١) :

(١) « لا يسطع حق الفسخ في البيع الفاسد بموت أحد المتعاقدين .

(ب) ولا يأخذ البائع المبيع بعد الفسخ حتى يرد ما قبضه
(ج) ولو مات البائع فالمشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء
(د) ولو مات المشتري فالبائع أحق من سائر الغرماء
بما قبضه حتى يسترد المبيع »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

إذا مات البائع والمشتري في البيع الفاسد فلا يبطل حق الفسخ فيه فيخلفه الوارث وبعد الفسخ لا يأخذه بائه حتى يرد ما قبضه من ثمن أو قيمة لأن المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالأمر بخلاف غير المقبوض كما لو شري من مدينة بدينة شراء فاسداً فالمشتري حبه لاستيفاء دينه .

فاذا كان الذي مات هو البائع وفسخ العقد مع ورثته فيكون المشتري أحق بما في يده من العين من سائر غرماء البائع الميت

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٤ ، ١٣٥

بل من تجهيزه لأنه مقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه
بعد وفاته فله حبسه حتى يأخذ ماله فيأخذ نقوده بعينها لوقائمه ومثلها
لو هالكة بناء على تعيين للنقد في البيع الفاسد وهو الأصح .

وإذا كان الذي مات هو المشتري وفسخ العقد مع ورثته فالبايع
أحق من سائر غرماء المشتري الميت بمالية المبيع أى بما قبضه من
المشتري فيتمسك به حتى يسترد المبيع ، كما لو مات البائع حيث كان
للمشتري حبس العين حتى يسترد الثمن .

• • •

مادة (١٤٢) :

« إذا كان البيع فاسداً وتصرف البائع في الثمن والمشتري
في المبيع تصرفاً صحيحاً وربح كل منهما يعايب الربح للبائع
ولا يطيب للمشتري^(١) . »

المذكرة الإيضاحية

إذا كان البيع فاسداً وتصرف البائع في الثمن تصرفاً صحيحاً
والمشتري في المبيع كذلك ، طاب للبائع ماريح في الثمن على الأصح

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ١٣٥ ، ١٣٦ ، فتح القدير ج ٥

ص ٢٣٧ ، ٢٣٨ .

لأن الثمن في العقد الثاني الصحيح غير متعين ، ولا يضر تعيينه في الأول :
 « الفاسد » ، ولا يطيب للمشتري ما ربح في مبيع يشعن بالتعيين
 بأن باعه بثمن أزيد لتعلق العقد بعينه فتمكن الخبث في الربح
 فيتصدق به (١) .

مادة (١٤٣) :

« يسقط حق الفسخ في المبيع الفاسد بالزيادة المتصلة
 في المبيع ما لم تكن متولدة منه » (٢) .

المذكرة الإيضاحية

إذا كانت الزيادة متصلة غير متولدة كالصبغ والخياطة انقطع حق
 الفسخ ، وإن كانت متولدة كالسمن لا تمنع الفسخ ، وكذا لو كانت
 منفصلة متولدة كالولد والأرث ، ولو هلكت هذه الزوائد في يد المشتري
 لا يضمنها ، وإن استهلكها ضمن ، وإن هلك البيع فقط فللبائع

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٥ ، ١٣٦ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٧ ، ١٣٨ ، فتح القدير ج ٥

ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ .

أخذها وأخذ قيمة المبيع يوم القبض ، وإن كانت الزيادة منفصلة غير متولدة كالسكب والهبة فللبائع أخذ المبيع معها ولا يطيب له ويتصدق بها ، وإن هلك في يد المشتري لا يضمن ، وكذا لو استهلكها عند الإمام وعندهما يضمن ، وإن استهلك المبيع فقط ضمنه والزوائد له لتقرر ضمان الأصل (١ هـ ملخصا) .
وفي جامع للفضولين : لو نقص في يد المشتري .

بفعل المشتري أو المبيع أو بآفة سماوية أخذه البائع مع الأرض ، ولو بفعل البائع صار مستردا ، ولو بفعل أجنبي خير البائع ، وما يقطع حق الاسترداد من الأفعال الحسية : إذا بنى أو غرس فيما اشتراه فاسداً لزمه قيمتها وامتنع الفسخ ، وقالوا ينقضهما ويرد المبيع ورجحه الكمال وتعقبه في النهر لحصولها بتسليط البائع .

البيع المكروه

مادة (١٤٤) :

«البيع مع الأذان الأول للجمعة يكره إذا أُخل بالسعي لها»^(١) ،

المذكّرة الإيضاحية

جاء الكلام عن البيع المكروه متأخرا عن البيع الفاسد مع اشتراكهما في حكم المنع الشرعي والإثم ، لأنه دونه من حيث صحته

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٨ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٣٩ .

وعدم فساد ، إذ النهى عنه باعتبار معنى مجاور للبيع لا فى صلبه
ولا فى شرائط صحته ، ومثل هذا النهى لا يوجب الفساد بل الكراهية
كما فى الدور .

والبيع المكروه تحريما : هو البيع عند الأذان الأول ومع ذلك
فهو بيع صحيح لا يجب فسخه ويملك المبيع فيه قبل القبض ويجب الثمن
لا القيمة ، وإنما كانت الكراهية عند الأذان الأول لأنه هو الذى
يجب السعى عنده فيدخل البيع حينئذ بالسعى للصلاة ، أما إذا لم يخل
بالسعى لها كأن تبايعا وما يسميان فلا بأس به لتعليل النهى بالإخلال
بالسعى ، فإذا اتفق الإخلال اتفق النهى ، وخصص من البيع المكروه
بيع من لا جمعه عليه كمسافر مثلا فلا كراهة فيه .



مادة (١٤٥) :

« يكره النجش إذا بلغت السلعة قيمتها »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

النجش بفتح نين ويسكن هو : أن يزيد فى الثمن ولا يريد الشراء ،
أو يمدح المبيع بما ليس فيه ليروجه ويرغب غيره فيه ، وهو منهى عنه

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٨ ، ١٢٩ وفتح القدير ج ٥ ص ٢٢٩

بقوله صلى الله عليه وسلم « لا تناجشوا » أى لا تفعلوا ذلك ،
والكراهة لما فيه من الخداع ، وهو قبيح جاور هذا البيع فكان
مكروها ، ومحل للكراهية فى النجش إذا كانت السلعة قد بلغت
قيمتها ، أما إذا لم تبلغ قيمتها فلا يكره لاتقاء الخداع « عناية »
بل ذكر القهستاني وابن السكال عن شرح الطحاوى أنه فى هذه
الصورة محمود .

* * *

مادة (١٤٦) :

« يكره السوم على سوم الغير بعد الاتفاق على الثمن
وكذا البيع على بيعه » (١) .

المذكرة الإيضاحية

السوم فى المبايعة يقال سام البائع السلعة سوما عرضها للبيع وسامها
المشتري واستامها طلبها ، وهو مكروه إذا تم الاتفاق على مبلغ الثمن ،
ففى الصحيحين « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقى الركبان
إلى أن قال : وأن يستام الرجل على سوم أخيه ، وصورته : أن يتراضيا

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٢٩ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٢٩
والمصباح المنير .

بشمن ويقع الركون به فيجىء آخر فيدفع للمالك أكثر منه أو مثله وهو منهى عنه ولو كان الغير ذميا أو مستأمنا ، وذكر الأخ في الحديث ليس قيذا بل لزيادة التنفير ، لأنه يبيع من يزيد ويسمى بيع الدلالة وهو مباح ، فقد باع صلى الله عليه وسلم قدحا وحلسا يبيع من يزيد ، وفي المصباح : الحلس كساء يجعل على ظهر البعير تحت رحله وجمعه أحلاس كحمل وأحمال ، والحلس بساط يبسط في البيت ، وكما يكره السوم على سوم الغير يكره البيع على بيعه ولو ذميا أو مستأمنا ، فقد جاء في الصحيحين أيضا لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له ، وصورته أن يتراضيا على ثمن سلعة فيقول آخر أنا أبيعك مثلها بأنقص من هذا الثمن أفاده في الفتح .

* * *

مادة (١٤٧) :

« يكره تلقى الجلب إذا كان يضر بأهل البلد أو يلبس
السر » ^(١) .

المذكرة الإيضاحية

الجلب بفتحيتين بمعنى المجلوب أو العجالب وهو المراد من تلقى

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٩ ، وفتح القدير ج ٥ ص ٢٣٩ ، ٢٤٠

الركبان الحديث ، ففي الصحيحين «نهى رسول الله ﷺ —
 عن تلقى الركبان الخ ، وهذا يؤيد تفسيره بالجلب لأن الركبان جمع
 راكب لكن الذى فى المصباح والمغرب تفسيره بالمجلوب .
 وحمل السكراةة فى تلقى الجلب إذا كان يضر بأهل البلد أو يلبس
 السعر على الواردين لعدم علمهم به ، قال فى الفتح : وللتلقى صورتان :
 إحداها : أن يتلقاها المشترون للطعام منهم فى سنة حاجة لبيعوه
 من أهل البلد بزيادة .

وثانيتهما : أن يشتري منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون
 بالسعر فيكره تلقى الجلب للضرر والغرر ، ففي الصورة الأولى فيه
 ضرر بأهل البلد ، وفى الصورة الثانية فيه غرر بالواردين ، وكل
 من الضرر والغرر منهى عنه .

مادة (١٤٨) :

« يكره بيع الحاضر للبادي فى حالة الفحط أو العوز »^(١) .

المذكرة الإيضاحية

الحاضر من كان من أهل الحضر بخلاف البدو ، فالبادي من كان

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٩

من أهل البادية أى البرية ، ويقال حضرى وبدوى نسبة إلى الحضرة
والبدو ، وكره يبيع الحاضر للبادى الحديث للصحيحين عن ابن عباس
رضى الله تعالى عنهما : « نهى رسول الله — ﷺ — أن يتلقى
الركبان وأن يبيع حاضر لباد ، قال : قلت لابن عباس : ما قوله
حاضر لباد : قال : لا يكون له محسار » فتح ، ، وقيل الحاضر المالك
والبادى المشتري ، والأصح كما فى المجتبى أنهما السمسار والبائع لموافقته
آخر الحديث « دعوا الناس يرزق بعضهم بعضاً » ولذا عدى باللام
لا بمن .

ومحل الكراهة فى بيع الحاضر للبادى يكون فى حالة القحط
أو العوز ، والقحط انقطاع المطر ، والعوز بتحريك الواو : الحاجة
فسبب الكراهة الضرر .
أما إذا انتفى كل من القحط والعوز فلا يكره حينئذ يبيع الحاضر
للبادى لانعدام الضرر .

البيع الموقوف

مادة (١٤٩) :

(١) « يتعقد بيع الفضولى موقوفاً إن كان له مجيز وقت
العقد وإلا فلا يتعقد .

(ب) وتصح إجازته من المالك إذا كان كل من البائع والمشتري والمبيع قائماً وأن يكون الثمن موجوداً لو كان عرضاً

المذكرة الإيضاحية

الفضولي بضم الفاء نسبة إلى الفضول جمع فضل وهو الزيادة .

والمراد به شرطاً : من يتصرف في حق غيره بغير إذن شرعى ، ومناسبة الكلام عن بيعه بعد الكلام على البيع الفاسد توقف إفادة كل منهما الملك على شيء وهو القبض في الأول والإجازة في الثانى ، وحكم بيع الفضولى : أنه يتعقد موقوفاً على إجازة من يملك العقد إن كان له مجيز أى من يقدر على إجازته حالة العقد كصبي غير ماذون باع مثلاً بيعاً يجوز عليه لو فعله وليه فى صغره ثم بلغ قبل إجازة وليه فأجازة بنفسه جاز لأن له ولياً يجيزه حالة العقد ، وكان الصغير فضولياً هنا مع أنه يتصرف فى حق نفسه لأن مباشرة العقد ليست حقه بل حق الولى ، وإن لم يكن له مجيز حالة العقد فلا يتعقد بيعه أصلاً كصبي باع ماله بحابة فاحشة أو شئاً كثيراً من قيمته فاحشاً بما لو فعله وليه فى صباه لم يحز عليه فهذا باطل ، وإن أجازاه الصبي بنفسه بعد بلوغه لأنه لا مجيز له وقت العقد فلم يتوقف على الإجازة .

وحكم بيعه أيضاً إذا كان له مجيز حالة وقوعه كما مر قبول الإجازة

من المالك بشرط قيام البائع والمشتري والمبيع بان لا يتغير المبيع بحيث
يعد شيئاً آخر لأن إجازته كالبيع حكماً ، وكذا يشترط قيام الثمن أيضاً
لو كان عرضاً معيناً لأنه مبيع من وجه فيكون ملكاً للفضولي وعليه
مثل المبيع لو مثلياً وإلا فقيعته لو قيمياً ، وغير العرض ملك للمجهز
أمانة في يد الفضولي (ملحق) وكذا يشترط قيام صاحب المناع أيضاً
فلا تجوز إجازة وارثه لبطلانه بموته .

المادة (١٥٠) :

(١) : كل ما ينبيء عن موافقة المالك على تصرف

الفضولي يعتبر إجازة :

(ب) : وكل ما ينبيء عن عدم قبوله يعتبر رداً

المذكرة الإيضاحية

إذا أخذ المالك الثمن من المشتري أو طلبه منه فإن ذلك يعتبر
إجازة منه لبيع الفضولي ، وهل للمشتري الرجوع على الفضولي بمثله
لو هلك في يده قبل الإجازة ؟ الأصح نعم إن لم يعلم أنه فضولي وقت الأداء
لأن علم « قنية » واعتمده ابن الشحنة وأقره صاحب تنوير الأبصار
وجزم الزيلعي وابن ملك بأنه أمانة مطلقاً ، وحكم هلاك المبيع ذكره

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٧ ، ١٤٨

في جامع الفصولين (وحاصله) أنه لو هلك قبل الإجازة فإن كان قبل قبض المشتري بطل العقد وإن بعده لم يجوز بالإجازة وللمالك تضمين أيهما شاء ، وأيهما اختار تضمينه ملكه ويبرأ الآخر فلا يقدر على أن يضمه ، ثم إن ضمن المشتري بطل البيع لأن أخذ القيمة كأخذ العين وللمشتري أن يرجع على البائع بضمنه لا بما ضمن ، وإن ضمن البائع فإن كان قبض البائع مضمونا عليه أى بأن قبضه بلا إذن مالكه نفذ بيعه بضمانه ، وإن كان قبضه أمانة ، وإنما صار مضمونا عليه بالتسليم بعد البيع لا ينفذ بيعه بضمانه لأن سبب ملكه تأخر عن عقده ، وذكر محمد في ظاهر الرواية أن البيع يجوز بتضمين البائع وقيل تأويله أنه سلم أولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه فصار كمنصوب .

ولو وهب المالك الثمن من المشتري أو تصدق به عليه فهو إجازة ولو المبيع قائما « عمادية » .

وإذا قال المالك لا أجزى فهو رد للبيع الموقوف ، فلو أجازاه بعده لم يجوز لأن المفسوخ لا يجاز بخلاف المستأجر لو قال لا أجزى بيع الأجر ثم أجاز جاز وأفاد كلامه جواز الإجازة بالفعل وبالقول ، وأن للمالك الإجازة والفسخ وللمشتري الفسخ لا الإجازة ، وكذا الفضولي قبلها في البيع لا في النكاح لأنه معبر محض « بزازية » ، وفي الجمع : لو أجاز أحد المالكين خير المشتري في حصته وأزمره محمد بها .

وإذا قال المالك : بشما صنعت قال في جامع الفصولين : هو إجازة في نكاح وبيع وطلاق وغيرها كذا عن محمد ، وفي ظاهر الرواية هو رد وبه يفتى كما في صلب المسادة ، والظاهر أن مثله أسات ولو قال

المالك : أحسنت وأصبت ومقابله ما في الحانية من أنه ليس إجازة لأنه يذكر للإستهزاء ، وفي الذخيرة : أن فيه روايتين ، وفي جامع الفصولين : أحسنت أو وفقت أو كصيتني مؤنة البيع أو أحسنت فجزاك الله خيراً ليس إجازة لأنه يذكر للإستهزاء إلا أن محمداً قال : إن أحسنت أو أصبت إجازة استحساناً .

قال ابن عابدين : وينبغي أن يفصل فإن قاله جداً فهو إجازة لا لو قاله استهزاء ويعرف بالقرائن ، ولو لم توجد ينبغي أن يكون إجازة إذ الأصل هو الجداه . (١)

مادة (١٥٢) :

« إذا أجاز المالك بيع الفضولي ثم رده بعد عامه بالثمن فالمعتبر إجازته » .

المذكرة الإيضاحية

مع المالك أن فضولياً باع ملكه فأجازه ولم يعلم مقدار الثمن ، فلما علم رد البيع فالمعتبر إجازته ، لصيرورة الفضولي بالأجازة كالوكيل حتى يصح حطه من الثمن ، علم المالك بالثمن أو لم يعلم ، وأجاب صاحب

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٧ ، ١٤٨

الهداية أنه إذا علم بالخط بعد الإجازة فله الخيار بين الرضا والفسخ بجر
عن البرازية ولو بدأ بالرد ثم أجاز فالمتبر ما بدأ به (رمى على الفصولين). (١)

* * *

مادة (١٥٣) :

« إذا باع الفضولى عقار غيره وسلمه للمشتري ثم اعترف
بالغصب وأنكر المشتري لم يضمن الفضولى قيمة العقار فإن
برهن المالك على ملكية العقار أخذه » .

المذكرة الإيضاحية

لو باع الفضولى عقار غيره من دار أو أرض وسلمه للمشتري
وأقبضه إياه ثم اعترف البائع الفضولى بالغصب وأنكر المشتري
لم يضمن هذا البائع قيمة العقار مع الإقرار بغصبه وعدم صحة غصب
العقار عند الإمام وعند أبي يوسف ثانياً ، وقال محمد يضمن قيمته
لصحة غصب العقار عنده ، ولا ينزع العقار من يد المشتري لعدم سرية
إقرار البائع بالغصب على المشتري ، فإن برهن المالك على ملكه أخذه
لأنه نور دعواه وأوضحها بالبرهان ، وإن لم يبرهن كان التلف مضافاً
إلى مجزئه عنه لا إلى عقد البائع ، قال السائحاني : والظاهر أن الثمن
يوضع في بيت المال حتى يتبين الحال (٢) .

* * *

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٨

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٠

مادة (١٥٤) :

« بيع مال الغير لحساب مالكه موقوف على إجازته إذا كان بالغاً عاقلاً » .

المذكرة الإيضاحية

إذا بيع مال الغير لحساب مالكه ينمقد البيع ويتوقف ولا ينفذ إلا بعد الأجازة من المالك إذا كان بالغاً عاقلاً ، فلو كان صغيراً أو مجنوناً لم ينمقد البيع أصلاً كما في الزواهر معزياً للحاوى ، وهذا إن باعه على أنه لزمة مالكه ، أما لو باعه على أنه لنفسه أى لحسابه أو باعه من نفسه « اشتراه » أو شرط الخيار فيه مدة معلومة للمالك المكلف ، أو باع عرضاً من فاصب عرض آخر للمالك بهذا العرض الآخر المفصوب فالبيع باطل كما تقدم في المادة (١١٣) .

والحاصل أن يبعه موقوف إلا في هذه الأربعة فباطل ، وقيد بالبيع فيما تقدم لأنه لو اشترى لغيره نفذ عليه إلا إذا كان المشتري صبيّاً أو مجنوناً عليه فيتوقف ، هذا إذا لم يصفه الفضولى إلى غيره ، فلو أضافه بأن قال بع هذا الثوب لفلان فقال للبائع بعته لفلان توقف برأية (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ س ١٤٢ ، ١٤٣

مادة (١٥٥) :

«يتوقف بيع الصبي المحجور وبيع المعتوه على إجازة الولى»

المذكرة الإيضاحية

يتوقف بيع الصبي المحجور على إجازة الولى وكذلك المعتوه أى حكمه فى البيع كحكم الصبي المحجور ، وذلك لنقصان الأهلية فيهما (١).

* * *

مادة (١٥٦) :

«بيع غير الرشيد ماله موقوف على إجازة الوصى أو القاضى»

المذكرة الإيضاحية

بيع غير الرشيد موقوف على إجازة الوصى أو القاضى ا هـ ذكر فى الحاشية : أن الصبي المحجور إذا بلغ سفيها يتوقف بيعه وشراؤه على إجازة الوصى أو القاضى ا هـ . وفى الخلاصة : اذا باع ماله وهو غير رشيد يتوقف على إجازة القاضى ا هـ .

قال ابن عابدين : وهذا على قولهما ، أما على قول الإمام فنصرفه صحيح (٢) .

* * *

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٣ ، ١٤٤

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٣ ، ١٤٤ .

مادة (١٥٧) :

« بيع المرهون والمستأجر موقوف على إجازة المرتهن
أو المستأجر » .

المذكرة الإيضاحية

يوقف بيع المرهون والمستأجر على إجازة مرتهن ومستأجر
أى فإن أجازته المرتهن والمستأجر نفذ ، وهل يملك الفسخ ؟
قبل لا وهو الصحيح ، وقبل يملك المرتهن دون المستأجر ، لأن
حقه فى المنفعة ، ولذا لو هلكت العين لا يسقط دينه ، وفى الرهن
يسقط وتأماته فى البحر ، وجزم فى الحائنة بالنافى ، لكن فى حاشية
الفصولين للمولى عن الزيلعى ، لا يملك المرتهن الفسخ فى أصح
الروايتين ، وليس للراهن والمؤجر الفسخ ، وأما المشتري فله خيار
الفسخ ان لم يعلم بالإجارة والرهن عند أبى يوسف وعندهما له ذلك
وان علم ، وقولهما هو الصحيح وعليه الفتوى ، بقى لو لم يجز للمستأجر
حق انفسخت الإجارة نفذ البيع السابق ، وكذا المرتهن اذا قضى دينه
كما فى جامع الفصولين ، وفيه أيضا عن الذخيرة : البيع بلا اذن
للمستأجر ينفذ فى حق البائع والمشتري لا فى حق للمستأجر ، فلو سقط

حق للمستأجر نفذ ذلك البيع ولا حاجة الى التجديد وهو الصحيح ،
ولو أجازته المستأجر نفذ في حق الكل ، ولا ينزع من يده ليصل
اليه ماله اذ رضاه بالبيع يعتبر لفسخ الإجارة لا للاتزاع من يده ،
وعن بعضهم أنه لو باع وسلم وأجازهما للمستأجر بطل حق حبسه ،
ولو أجاز البيع لا التسليم لا يبطل حق حبسه اهـ (١) .

* * *

مادة (١٥٨) :

« بيع الأرض المنعقد عليها مزارعة موقوف على إجازة
للزارع » .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع مالك الأرض أرضه التي في مزارعة الغير يتوقف بيعه
على إجازة المزارع ، قال ابن عابدين : صورته كما في « ح » عن
الفتاوى الهندية ، إذا دفع أرضه مزارعة مدة معلومة على أن يكون
البذر من قبل العامل فزرعها العامل أو لم يزرع فباع صاحب الأرض
الأرض يتوقف بيعه على إجازة المزارع اهـ أي لأنه في حكم
المستأجر للأرض ، وأما لو كان البذر من المالك فينفذ ولو لم يزرع

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٤ ، ١٤٥

لأن المزارع أجبر ولو زرع لا تتعلق حق المزارعة وتعممه في جامع
الفصولين^(١) .

• • •

مادة (١٥٩) :

« يوقف بيع شيء بالقدر المكتوب عليه فإن علم المشتري
بحقيقة قدره في مجلس البيع تخير وإلفسد » .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع شيئاً برقه أى المكتوب عليه فالبيع موقوف فإن علمه
المشتري في مجلس البيع توقف على إجازته فيخير بين أخذه وتركه
لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية وإن يعلمه
يفسد ، قال في الدر : وفي مراجعة البحر أنه فاسد له عرضية الصحة
لا بالعكس هو الصحيح ، وعليه فتحرم مباشرته وعلى القول
الضعيف لا^(٢) .

• • •

مادة (١٦٠) :

« يوقف بيع المبيع من غير مشترطه بعد القبض » .

(١) ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ١٤٥

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٤ ، ١٤٥ .

المذكرة الإيضاحية

بيع المبيع من غير مشتره يتوقف .
قال في الدر صورته : باع شيئاً من زيد مم باعه من بكر لا ينعقد
الثاني حق لو تفاسخ الأول لا ينفذ الثاني لكن يتوقف على إجازة
المشتري ان كان بعد القبض وان كان قبله في المنقول لا ، وفي العقار
على الخلاف اه (١) .

...

مادة (١٦١) :

« يوقف بيع المرتد على إسلامه » .

المذكرة الإيضاحية

بيع المرتد موقوف عند الإمام على الإسلام ولا يتوقف عندهما (٢) .

* * *

مادة (١٦٢) :

« يتوقف البيع بما باع به فلان ، والبيع بمثل ما يبيع الناس »

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٤ ص ١٤٥

(٢) حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ١٤٥

به ، أو يمثل ما أخذ به فلان والبائع يعلم والمشتري لا يعلم ، فإن علم المشتري في المجلس صح وإلا فسد .

المذكرة الإيضاحية

يتوقف البيع بما باع به فلان ، وكذا يتوقف البيع بما يبيع الناس به ، أو يمثل ما أخذ به فلان والبائع في هذه يعلم والمشتري لا يعلم ، فإن علم المشتري في المجلس صح وله الخيار شرئبلاليه عند قوله بما باع به فلان . واستظهر ابن عابدين : أن هذه المسائل يصح فيها إذا علم به في المجلس وإن لم يعلم به فسد فيملك بالقبض شرئبلالية (١) .

• • •

مادة (١٦٣) :

« يبيع الشيء بقيمته موقوف فإن بين في المجلس صح

وإلا فسد .

(١) حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ١٤٥

المذكرة الإيضاحية

إذا باع الشيء بقيمته فالبيع موقوف فإن بين الثمن في المجلس
صح وله الخيار شرئلا لية ، وإن لم يبين فسد فيملك بالقبض (١) .

• • •

مادة (١٦٤) :

« يتوقف بيع فيه خيار شرط » .

المذكرة الإيضاحية

إذا وجد في البيع خيار الشرط كان غير لازم لا موقوفا وبيان
ذلك أن الموقوف مقابل للنافذ وما فيه خيار مقابل لل لازم ، فافيه
خيار غير لازم لا موقوف ، لكن قد يقال إن لزومه موقوف على
إسقاط الشرط فيصح وصفه بالموقوف فإنه وإن كان لازما لكن
يتوقف لزومه على إسقاط الخيار فإذا سقط كان لازما ، ولم يقيد
في المادة بالمجلس ليشمل ما كان مقيدا بالمجلس وغيره ، ولئلا يتوهم
منه خيار القبول لأنه فيه كما قال ألوانى : ان البيع الموقوف إنما يكون
بعد الإيجاب والقبول ، وهو معلوم أنه خيار قبل حصوله (٢) .

(١) حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ١٤٥ ، ١٤٦

(١) حاشية ابن عابدين والدر المختار ج ٤ ص ١٤٥ ، ١٤٦

مادة (١٦٥) :

- (أ) « بيع الغاصب موقوف على إجازة المالك .
(ب) ويبيع المالك الشيء المفصوب موقوف على الإثبات » .

المذكرة الإيضاحية

يتوقف بيع الغاصب الشيء المفصوب على إجازة المالك سواء أ كان البيع لحساب مالكة أو لنفسه ، فلو تداولته الأيدي فأجاز المالك عقدا من هذه العقود جاز ذلك العقد خاصة ، ويوقف أيضا بيع المالك المفصوب على الإثبات أى على إقرار الغاصب إذا أقر أو على البينة إن أنكر (١) .

...

مادة (١٦٦) :

- « بيع ما في تسليمه ضرر موقوف على تسليمه في المجلس » .

المذكرة الإيضاحية

يتوقف بيع الشيء الذى في تسليمه ضرر على أن يسلمه في المجلس ،

(١) حاشية ابن عابدين و لذر المختار > ٤ ص ١٤٥ ، ١٤٦

وذلك كبيع جذع في سقف سواء أ كان معينا أولا على ما في النهر
عن الفتح (١) .

• • •

مادة (١٦٧) :

« بيع المريض لوارثه موقوف على إجازة باقى الورثة » .

المذكرة الإيضاحية

يتوقف بيع المريض لوارثه على صحة المريض فان صح من مرضه
نفذ وإن مات منه يتوقف على إجازة بقية الورثة ، ولو كان البيع
يمثل القيمة ، فان إجازته الورثة نفذ وإن لم تجزه بطل وهذا عند
الإمام ، وأما عند الأصحاب فانه يجوز ويغير المشترى بين فسخ وإتمام
لو فيه غبن أو محاباة قلت أو كثرت .

• • •

مادة (١٦٨) :

« بيع الورثة التركة المستغرقة موقوف على إجازة الغرماء » .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٦

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٤ ص ١٤٥ ، ١٤٦

المذكرة الإيضاحية

يتوقف بيع الورثة التركة المستغرقة على اجازة الغرباء (الدائنين) عزاء في البحر الى الزيلعي ومثله في جامع الفصوليين ، لوداك حفظ لديونهم لأنها متعلقة بها ، فان أجازت الغرماء نفذ والا بطل ، وأما اذا لم تسكن التركة مستغرقة فقبل يوقف وقيل يصح بيع ما يزيد على ما به سدادهم لنفع الورثة ، وعدم مضارتهم حيث لا ضرر على الغرماء . (١)

• • •

مادة (١٦٩) :

« يتوقف بيع أحد الوكيلين على إجازة الآخر مالم يصرح له بالانفراد » .

المذكرة الإيضاحية

اذا وكل المرء عن نفسه وكيلين فباع أحدهما شيئا مما يملكه الموكل فان كان بمحضرة الوكيل الآخر فانه يتوقف البيع على إجازته وان كان بغيته فانه يكون باطلا عزا هذا الحكم في البحر الى وكالة

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٤ من ١٤٥ ، ١٤٦ .

النزيلعى ، ومثل أحد الوكيلين فى الحكم أحد الوصيين أو الناظرين ،
فإن بيع أحدهما يتوقف على إجازة الآخر لو بحضوره ، ويبطل
لو بغيته (١) .

• • •

الإقالة

مادة (١٧٠) :

« الإقالة رفع العقد بمثل الثمن الأول ولو مسكوتاً عنه فيها ،
وتجوز فى بعض العقود عليه بما يخصه من الثمن » .

المذكرة الإيضاحية

الإقالة رفع العقد ولو فى بعض المبيع ، والمراد بالعقد : القابل
للفسخ بخيار بخلاف النكاح فإنه لا يقبل الفسخ بخيار .

ومعنى صحة الإقالة بمثل الثمن الأول أنه لو كان عشرة دنانير مثلاً
فدفع إليه دراهم ثم تقايلا وقد رخصت الدنانير رجع بالدنانير لا بمادفعه ،
فلو كان عقد البيع بدراهم فكسدت ثم تقايلا رد السكدين كما فى الفسخ
(نهر) .

والإقالة جائزة بل مندوبة لقوله ﷺ : « من أقال نادماً بيعته

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٥ ، ١٤٦

أقال الله عزته يوم القيامة « وجوازها في البيع مشروط بمثل الثمن الأول فإن شرط أكثر منه أو أقل فالشرط باطل .

وأما صحة الإقالة مع السكوت عن الثمن فالمراد أن الواجب هو الثمن الأول سواء مماء أو لا ، قال في الفتح :

والأصل في لزوم الثمن أن الإقالة فسخ في حق المتبايعين وحقيقة الفسخ ليس إلا رفع الأول كأن لم يكن فيثبت الحال الأول ، وثبوته برجوع عين الثمن إلى ماله كأن لم يدخل في الوجود غيره ، وهذا يستلزم تعيين الأول ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس ، ويرد مثل المشروط ولو المقبوض أجود أو أردأ^(١) .

مادة (١٧١) :

(أ) تصح الإقالة بمثل الثمن الأول ، وإن شرط غير جنسه ، أو كان أكثر ، أو كان ذلك الثمن حالا فأجله .

(ب) وكذا تصح بالأقل من الثمن الأول وإن تعيب المبيع عند المشتري .

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٤ ص ١٥٥

المذكرة الإيضاحية

كما تصح الإقالة بمثل الثمن الأول أو بالسكوت عنه تصح وإن شرط غير جنسه أو أكثر منه أى من الثمن الأول أو من الجنس ، وأيضاً لو كان الثمن حالاً فأجله المشتري عند الإقالة فإن التأجيل يبطل وتصح الإقالة فى البيع ، وإن تقايلاً ثم أجله ينبغي ألا يصح الأجل عند أبى حنيفة ، فإن الشرط اللاحق بعد العقد يلتحق بأصل العقد عنده كذا فى القنية (محر) وتصح الإقالة أيضاً بأقل من الثمن الأول إن تعيب المبيع عند المشتري ويصير المخطوط بازاء نقصان العيب فنكون الإقالة فى البيع فسخاً بالأقل لو بقدر العيب لا يزيد ولا أنقص ، قيل إلا بقدر ما يتفاجن الناس فيه ، فلو كان أزيد أو أنقص هل يرجع بكل الثمن أو ينقص بقدر العيب ويرجع بما بقى ؟ الظاهر الثانى ، لأن الإقالة عند التعيب جائزة بالأقل ، والمراد نفي الزيادة والنقصان عند مقدار العيب فصار الباقي بمنزلة أصل الثمن فنلغو الزيادة والنقصان فقط ويرجع بما بقى (١) .

* * *

مادة (١٧٢) :

(أ) تصح الإقالة بلفظين ماضيين وبالتعاطى .

(ب) وتتوقف على القبول فى المجلس .

(١) ابن عابدين ٤ ص ١٥٥

المذكرة الإيضاحية

يجب أن تكون الإقالة بالفظن ماضيين، قار البرجندى: وهو المختار، وقال فى الفتح وفى الخلاصة: اختاروا قول محمد، وقال أبو يوسف هى بيع ولكن يصح أن يكون أحد اللفظين مستقبلاً كقوله أقالنى فقال أقلتك لعدم المساومة فيها، لأن الإقالة لا تكون إلا بعد نظر وتأمل، فلا يكون قوله أقالنى مساومة بل كان تحقيقاً للتصرف.

وكما تكون الإقالة باللفظ تكون أيضاً بالنعاطى ولو من أحد الجانبين كالبيع وذلك هو الصحيح بزاوية، وفى السراجية لا بد من التسليم والقبض من الجانبين أى تسليم المبيع وقبض الثمن المدفوع، وتتوقف أيضاً على القبول، فإذا أقال أحد المتبايعين فإن الإقالة تتوقف على قبول المتبايع الآخر فى مجلس المقابلة ولو كان القبول فعلاً كما لو قطعه أو قبضه فور قول المشتري أقلتك، لأن من شرائطها اتحاد المجلس ورضا المتعاقدين أو الورثة أو الوصى، وكذلك بقاء المحل (المبيع) القابل عقده الفسخ بخيار، فلو لم يبق المبيع على حاله بأن هلك لا تصح، وكذا لو زاد زيادة تمنع الفسخ خلافاً لهما، وكذا لا تصح الإقالة فى النكاح والطلاق لعدم قابلية هذه التصرفات للفسخ^(١).

(١) ابن عابدين ٤٠٠ ص ١٥١، ١٥٢

مادة (١٧٣) :

« تصح الإقالة في البيع لمتولى الوقف إن كانت خيراً له » .

المذكورة الإيصاحية

تصح الإقالة في البيع من متولى الوقف لأن الأصل أن من ملك البيع أو الشراء ملك الإقالة بشرط أن تكون من صالح الوقف وخيراً له ، كما لو باع بأقل من القيمة أو اشترى بأكثر منها فإن الإقالة تصح لأنها من صالح الوقف ، وإن كانت الإقالة ليست من صالح الوقف ولا خيراً له فإنها لا تصح ، ولذا لم تصح في بيع المأذون والوصى والمتولى إذا باع كل منهم بقل من القيمة ، وكذلك لو اشترى بأكثر من القيمة ، وذلك مراعاة للوقف والصغير (منح) ، وكذا لا تصح من الوكيل بالشراء وقبل وبالسلم (أشباه) ، بخلاف الوكيل بالبيع فتصح عند الإمام قبل القبض وبمده يضمن^(١) .

مادة (١٧٤) :

« الإقالة فسخ في حق المتعاقدين فيما هو من موجبات العقد وبيع جديد في حق ثالث » .

(١) ابن عابدين - ٤ ص ١٥٣ ، ١٥٤ ، ١٥٥

المذكرة الإيضاحية

حكم الإقالة أنها فسخ في حق المتبايعين فيما هو من أحكام العقد. إذا كانت قبل القبض بالإجماع ، وأما بعده فكذا عند الإمام إلا إذا تمذر بأن ولدت المبيعة فتبطل بعد ولادتها لتمذر الفسخ بالزيادة المنفصلة بعد القبض حقاً للزعر لاقبله ، قال أبو يوسف : الإقالة يبيع إلا إذا تمذر بأن وقعت قبل القبض في منقول فتكون فسخاً إلا إذا تمذر أيضاً بأن ولدت المبيعة وكانت الإقالة قبل القبض فتبطل ، وقال محمد : الإقالة فسخ إن كانت بالثمن الأول أو بأقل ولو بأكثر أو بخمس آخر مبيع ، والخلاف مقيد بما إذا كانت بلفظ الإقالة كما يأتي «نهر» ، والصحيح قول الإمام كما في تصحيح العلامة قاسم ، وكون الإقالة فسخاً في حق المتبايعين ، إنما يكون ذلك فيما هو من أحكام عقد البيع ، أما لو وجب بأمر زائد كانت بيعاً جديداً في حقهما أيضاً ، كأن اشترى بدينه المؤجل عيناً ثم تقابلا لم يعد الأجل فيصير دينه حالاً كأنه باعه منه ، ولو رده بخيار عيب بقضاء عاد الأجل الأول لأنه فسخ .

وهي يبيع في حق ثالث أى ولو بعد القبض ، وإنما كانت عند الإمام فسخاً في حقهما لأنها تنفي عن الفسخ والرفع وبيعاً في حق الثالث ضرورة أنه ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى للصيغة فحمل عليه لعدم ولايتهما على غيرها كما في الزيلعي ، وذلك بأن كانت بعد القبض بلفظ الإقالة صريحاً أو ضمناً لأنها قد تكون بالتعاطي ،

فالمراد الاحتراز عما لو كانت بلفظ الفسخ ونحوه أو بيع ، ولو كانت الإقالة قبل القبض فهي فسخ في حق السكك في غير العقار أى في المنقول لأنه لا يجوز بيعه قبل قبضه ، أما في العقار فهي بيع مطلقاً لجواز بيعه قبل قبضه ، وما ذكر من كونها بيعاً بعد القبض فسخاً قبله هو ما جزم به الزيلعي ، وذكر في البحر عن البدائع أن هذا رواية عن أبي حنيفة قال وظاهره ترجيح الإطلاق اهـ ويؤيده ما في الجوهرة من أنه لا خلاف بينهم أنها بيع في حق الغير سواء كانت قبل القبض أو بعده وحمله على العقار بعيد ، ولو كانت الإقالة بلفظ مفاسخة أو متاركة أو تراد لم تجعل بيعاً اتفاقاً إعمالاً لموضوعه اللغوي ط عن الدرر ، ولو كانت بلفظ البيع فيبيع إجماعاً أى من أبي يوسف ، ومنها فيجوز فيها حكم البيع حتى إذا دفع الساعة من غير بيان الثمن كان بيعاً فاسداً «ط» ، وكذا يفسد لو كان المبيع منقولاً قبل قبضه ، وما في «ح» من أنها بيع لو بعد القبض وإلا ففسخ لثلاث يلزم بيع المنقول قبل قبضه ، ففيه أن هذا التفصيل في لفظ الإقالة والسكك في لفظ البيع ويتفرع على كونها فسخاً في حق المتعاقدين فروع كما يتفرع على كونها بيعاً في حق ثالث فروع وسنذكر ذلك في المواد الآتية بعد^(١) .

مادة (١٧٥) :

«الزيادة المتصلة في المبيع لا تمنع الإقالة وكذا الزيادة

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٤، ١٥٦

المنفصلة إن كانت قبل القبض ، وإن كانت بعده فلا تصح
الإقالة .

المذكرة الإيضاحية

مما يتفرع على كون الإقالة فسخا في حق المتبايعين أن الزيادة
متصلة أو منفصلة إن كانت قبل القبض لا تمتنع الفسخ والدفع ، وإن
متصلة فكذلك بعد القبض عنده ، وإن كانت منفصلة بطلت الإقالة
لتعذر الفسخ ، قال في الفتح . والحاصل أن الزيادة متصلة كانت كالسمن
أو منفصلة كالولد والأرث إذا كانت قبل القبض لا تمتنع الفسخ والدفع ،
وإن كانت بعد القبض متصلة فكذلك عنده ، وإن كانت منفصلة
بطلت الإقالة لتعذر الفسخ معها . ومثله في ابن مالك على الجمع لكن
تقدم عن الخلاصة أن ما يمنع الرد بالعيب يمنع الإقالة ، وتقدم أيضا
أن الرد بالعيب يمتنع في المتصلة الغير المتولدة مطلقا ، وفي المنفصلة المتولدة
لو بعد القبض فقط ، وبوافقه ما في الخامس والعشرين من جامع
الفصولين أن الرد بالعيب يمتنع لو الزيادة متصلة لم تتولد اتفاقا كصيف
وبناء ، والمنفصلة المتولدة كولد ونمر وأرث تمنع الرد ، وكذا تمتنع
الفسخ بسائر أسباب الفسخ ، والمنفصلة التي لم تتولد ككسب وغلة
لا تمتنع الرد والفسخ بسائر أسبابه . (١)

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٤

مادة (١٧٦) :

« لا تفسد الإقالة بالشرط الفاسد ولا ينصح تعليقها به » .

المذكرة الإيضاحية

الإقالة في البيع صحيحة وإن وجد فيها شرط فاسد فإنه يلغو كما في المادة (١٧١) وذلك كأن يشترط أن يكون الثمن في الإقالة جنساً غير جنس الثمن الأول فيكون دراهم في الإقالة مع كونه دنائير في البيع مثلاً ، أو يشترط أن يكون الثمن في الإقالة أزيد من الثمن الأول ، فإن هذا الشرط مع كونه فاسداً إلا أن الإقالة لا تفسد به بل تكون صحيحة وإن لم يصح تعليق الإقالة بالشرط الفاسد ، ومثل له في البحر عن البرازية من قول المشتري للبائع إن وجدت مشترياً بأزيد فبعه منه^(١) .

مادة (١٧٧) :

« يجوز للبائع بعد الإقالة بيع المبيع للمشتري ثانية أو هبته له ولو قبل قبضه » .

(١) ابن عابدين ٤ ص ١٥٥

المذكرة الإيضاحية

لكون الإقالة فسخاً جاز للبائع بيع المبيع منه بعد الإقالة ولو قبل قبض المبيع ، وصورة ذلك باع زيد من عمرو شيئاً منقولاً كتب وقبضه عمرو ثم تقايلا ثم باعه زيد ثانياً من عمرو أو غيره قبل قبضه من عمرو جاز البيع من المشتري وكذلك الهبة منه قبل قبضه لأن الإقالة فسخ في حقهما فقد عاد إلى البائع ملكه السابق فلم يكن بائعاً أو واهباً ما شراه قبل قبضه ، فلو كانت الإقالة بيعاً في حقهما لبطل البيع والهبة كبيعته من غير المشتري (عني) . (١)

• • •

مادة (١٧٨) :

« يصح قبض البائع للمبيع المكيل والموزون بعد الإقالة دون إعادة كيّله أو وزنه » .

المذكرة الإيضاحية

معنى صحة قبض البائع للمبيع المكيل والموزون جواز التصرف

(١) ابن عابدين - ٤ ص ١٠٥ ، ١٠٦

فيه يبيع أو أكل من غير أن يعيد السكيل أو الوزن فلو أن الإقالة --
كانت يباع لم يحز ما تقدم^(١).

...

مادة (١٧٩) :

« إذا سلم الشفيع الشفعة ثم تقايل المتبايعان فطلبها الشفيع
قضى له بها » .

المذكرة الإيضاحية

من ثمرة كون الإقالة يباع في حق ثالث في المادة (٣) أنه لو كان
المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايل المتبايعان فطلبها الشفيع عند
علمه بالمقايضة قضى له بها لكونها يباع جديدا بالنسبة للشفيع فكان
الشفيع ثالثهما ، وقيد بتسليم الشفيع للشفعة لتظهر فائدة كونها يباع
وإلا لو لم يسلم بأن أقال المشتري قبل أن يعلم الشفيع بالبيع فله الأخذ
بالشفعة أيضا إن شاء بالبيع الأول وإن شاء بالبيع الحاصل بالإقالة^(٢).

...

(١) ابن عابدين ٤ ص ١٥٦

(٢) ابن عابدين ٤ ص ١٥٦

مادة (١٨٠) :

« إذا علم البائع الثاني بعيب في المبيع بعد الإقالة فلا يردده
على البائع الأول » .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع المشتري ما اشتراه لآخر ثم تقايلا فعلم البائع الثاني وهو
المشتري من البائع لأول بعيب في المبيع بعد هذه الإقالة لا يردده على
البائع الأول لأن الإقالة بيع في حق هذا البائع الأول فكأن البائع
الثاني اشتراه بالإقالة من المشتري منه « بحر » فالثالث هنا هو البائع
الأول ، وهذه كما في الشرع نبلاية حيلة للشراء بأقل مما باع قبل
نقد ثمنه (١) .

مادة (١٨١) :

« ليس للواهب الرجوع في الهبة إذا باع الموهوب له
الشيء الموهوب من آخر ثم تقايلا البائع والمشتري » .

(١) ابن هابدين - ٤ من ١٥٦

المذكرة الإيضاحية

ليس للواهب الرجوع إذا باع الموهوب له الشيء الموهوب من آخر ثم تقايلا ، لأنه أي الموهوب له لما تقايل مع المشتري منه صار كالمشتري من هذا المشتري ، فكأنه عاد إليه للوهوب بملك جديد ، وذلك مانع من رجوع الواهب في هبته ، فالثالث هو الواهب^(١) .

• • •

مادة (١٨٢) :

« إذا باع المشتري المبيع لآخر بعد قبضه وقبل سداد الثمن ثم تقايل المتبايعان جاز للبائع الأول شراؤه من المشتري الأول بالأقل » .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع المشتري المبيع من آخر بعد قبضه وقبل نقد الثمن ثم تقايل المتبايعان جاز للبائع الأول شراؤه من المشتري منه بالأقل « صورته » اشترى شيئا فقبضه قبل نقد الثمن فباعه من آخر ثم تقايلا وعاد إلى

(١) ابن مابدين ج ٤ ص ١٥٦

المشتري ، ثم إن البائع اشتراه من المشتري بأقل من الثمن جاز ، ويجعل في حق البائع كأنه ملكه بسبب جديد (فتح) . (١)

• • •

مادة (١٨٣) :

« هلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع صحتها فهلاك بعضه يمنع صحتها بقدره » .

المذكرة الإيضاحية

إذا هلك الثمن لا يمنع مع هلاكه صحة الإقالة إذ ليس من شرط صحتها بقاءه بل من شرطها بقاء المبيع فهلاكه يمنع صحتها ، لأن الإقالة عبارة عن رفع عقد البيع والمبيع محله (بحر) . ويتنع صحة الإقالة أيضا هلاك المبيع بعد الإقالة وقبل التسليم للبائع ، فإن هلاكه في هذه الحالة يبطل الإقالة ، وعلى ذلك فإذا هلك بعض المبيع فإنه يمنع صحة الإقالة بقدر هذا البعض المالك في المبيع اعتبارا للأجزاء بالكل ، يعني هلاك الكل كما منع في الكل فهلاك البعض يمنع في البعض ، وفيه إشارة إلى أنه لو قابله في بعض المبيع وقبله صح ، وبه صرح في « الحاوى سائحاني » .

(١) ابن عابدين = ٤ ص ١٥٧

(١) تصح الإقالة إذا هلك أحد البدلين في المقايضة وكذا في السلم وعلى المشتري قيمة ما هلك إن كان قيميا ومثله إن كان مثليا .

(ب) وهلاك البدلين يبطل الإقالة إلا في التصرف .

المذكّرة الإيضاحيّة

المقايضة هي بيع عين بعين كأن تبايعا إبلا بغنم ، فإذا هلك أحد البدلين في المقايضة كأن هلكت الغنم في يد بائع الإبل ثم تقايلا البيع في الإبل مثلا صحّت الإقالة ولصاحب الغنم قيمتها لأنها قيمية ، ولو كان البدل الذي هلك مثليا بأن كان قححا مثلا رد مثله ، ولا تبطل الإقالة بهلاك أحد البدلين بعد وجودهما لأن كل واحد منهما مبيع ، فكان المبيع الذي هو محل العقد قائما وتماه في العناية ، وكذا الحكم في السلم وهو بيع آجل بعاجل فتصح الإقالة فيه إذا هلك أحد البدلين ، فلا يرد على اشتراط قيام المبيع لصحة الإقالة إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه فإنها أي الإقالة صحيحة سواء أكان رأس المال عينا أم دينا ،

وسواء أكان قائماً بيد المسلم إليه أم هالكا ، لأن المسلم فيه وإن كان ديناً حقيقة فله حكم المدين حتى لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه ، وإذا صحت الإقالة فإن كان رأس المال عينا ردت وإن كانت هالكة رد المثل إن كان مثلياً ، والقيمة إن كان قيمياً ، وكذا إقالته بعد قبض المسلم فيه إن كان قائماً ويرد رب السلم عين المقبوض لكونه متعيناً كذا في البدائع « ١٥٠ ح » ، هذا إذا هلك أحد البديلين ، أما إذا هلك البديلان فنبطل الإقالة إلا في الصرف وهو بيع ثمن بثلثين ، فهلاك بديله لا يبطل الإقالة لأن المعقود عليه فيه هو ما في ذمة كل من المتعاقدين (١) .

* * *

مادة (١٨٥) :

« تبطل الإقالة إذا هلك المبيع بعدها قبل تسليمه »

المذكرة الإيضاحية

هلاك المبيع حقيقة أو حكماً كما يمنع ابتداء الإقالة يمنع بقاء الإقالة « ١٥٠ ح » وبه صرح في النهر ، وهلاك المبيع لا يختص بكونه قبل الإقالة بل مثله ما إذا كان الهلاك حقيقة أو حكماً بعدها قبل التسليم إلى البائع ونص عبارة البرازية : « هلك المبيع بعد الإقالة قبل التسليم بطلت » (٢) .

(١) ابن عابدين - ٤ ص ١٥٧

(٢) ابن عابدين - ٤ ص ١٥٧

مادة (١٨٦):

« الإقالة صحيحة وإن نقص المبيع فيما هو تبع للمبيع ويلتزم
البائع بجميع ثمنه إن علم بالنقصان وقت الإقالة » .

المذكّرة الإيضاحية

تكون الإقالة في البيع صحيحة وإن نقص للمبيع بما هو تبع له
كأن اشترى أرضاً بها شجر فقطع ثم تقابل المنبايعان صحت الإقالة
ولزم البائع جميع الثمن ولا شيء له من أرش الشجر لأن الشجر
يدخل في بيع الأرض بما كما في البحر ، وهذا إن كان عالماً بالقطع
وقت الإقالة فيلتزم بجميع الثمن ، وإن كان غير عالم وقت الإقالة
بنقصان المبيع فله الخيار بين أن يأخذ للمبيع بكل ثمنه من غير أن
يسقط شيئاً منه بقدر النقصان أو أن يترك المبيع^(١) .

* * *

مادة (١٨٧) :

« تصح إقالة الإقالة إلا في السلم قبل قبض المسلم فيه » .

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ١٥٧ ، ١٥٨

المذكرة الإيضاحية

تصح إقالة الإقالة في البيع ، فلو تقابل المتبايعان البيع ثم تقابلا الإقالة ارتفعت وعاد البيع إلا في إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه فإنها لا تقبل لسكون المسلم فيه ديناً سقط بالإقالة . فلو انفسخت الإقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه والساقط لا يحتمل العود بخلاف الإقالة في البيع . لأن المبيع عين فأمكن عوده إلى ملك المشتري « بحر » . هذا إذا كان قبل قبض المسلم فيه . وأما بعده فتصح إقالة السلم ولذا تقيدت المادة بكونه قبل القبض لا بعده (١) .

• • •

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٨

المراجحة والتولية

مادة (١٨٨) :

« المراجحة بيع ما ملكه من العروض يمثل ما قام عليه مع
زيادة ربح معلوم » .

المذكرة الإيضاحية

عبارة « ما ملكه » تعنى « مطلق الملك » ، سواء كان بموضع كالشراء ،
أو بغيره كالإرث والهبة ونحوهما ، إذا قدر قيمته وضم إليه مؤنته .
والمراد « يمثل ما قام عليه » .

أولا : الثمن الثنى وقع للعقد الأول عليه . . وما يلحق بأصل هذا
العقد من زيادة فى الثمن أو حط منه .

ثانيا : ما صرف على المبيع من كل ما يزيد فى قيمه أو فى قيمته ،
وجرى العرف بإلحاقه برأس المال فى عادة التجار ، لأن عرف المسلمين
وحادثهم حجة ، قال النبي ﷺ : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله
حسن » .

ويضم علف الدواب إلا أن يعود عليه شيء متولد منها ، كألبانها
وصوفها ومنها ، فيسقط قدر ما نال مما هو متولد من عين المبيع ،
ويضم ما زاد ، بخلاف ما إذا أجز الدابة .

ويقول البائع عند البيع وضم ما يجوز ضمه : قام على بكذا ،
لا اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب .

وعلى البائع أن يطرح من الثمن ما يأتي :

(١) ما سبقت الإشارة إليه مما عاد عليه من شيء متولد من المبيع ،
كاللبن والصوف والسمن .

(ب) ما ربح أولا ، لو شراه ثانيا بمجنس الثمن الأول .

(ج) ما ربح في المباينة بينه وبين من لا تجوز شهادته له للثمة ،
كأصه ، وفرعه ، وأحد الزوجين ، وأحد المتعاقدين .

(د) حصته من الربح لو اشترى من شريكه (١) .

مادة (١٨٩) :

« إذا ظهرت خيانة في المراجعة خير المشتري بين إمضاء

العقد بجميع الثمن أو فسخه إن كان المبيع قائما ولم يتعيب » .

(١) بدائم الصنائع ج ٥ ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢٥٢

وما بعدها ، ابن عابدين ج ٤ ص ١٥٩ ؛ ١٦٠ الدور ج ٢ ص ١٨١

المذكرة الإيضاحية

مراد القول بالتخيير: أنه لو لم يحوط قدر الحيانة بتبقى المراجعة، وأن تفاوت الربح لا يغير التصرف ، وإنما أوجب تغييراً في قدر الثمن ، وهذا يوجب خللاً في الرضا فيثبت الخيار .

أو أن العقد لم يلزم إلا بالقدر المسمى من الثمن ، وأن المراجعة ترغيب ، فيكون الثمن الأول وصفاً مرغوباً فيه فيتخير لقواته .

والتخيير هو القول الراجع في المذهب ، وهو لأبي حنيفة وعده . وإنما يثبت هذا التخيير إذا كان المبيع عند ظهور الحيانة بمحل الفسخ قائماً ولم يتعيب .

فإذا هلك المبيع أو حدث به ما يمنع الفسخ بطل الخيار ، ولزمه بجميع الثمن ، لأنه إذا لم يكن بمحل الفسخ لم يكن في ثبوت الخيار فائدة فيسقط كما في خيار الشرط والرؤية بخلاف خيار العيب ، لأن المستحق فيه جزء فائت يطالب به فيسقط ما يقابله إذا عجز عن تسليمه .

ويرى أبو يوسف : لزوم العقد ، وحط قدر الحيانة ، لأن هذا البيع ينعقد بقوله : بعثك مراجعة على الثمن الأول ، فهو أصل ، فلا بد من البناء عليه ، فإذا ظهر خيانة ، تبين أن تسمية قدر هذه الحيانة لم تصح فتأخرو ، ويبقى العقد لازماً بالباقي^(١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٣ . بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٢٦ ، فتح

التقدير ج ٥ ص ٢٥٦ ، ٢٥٧

مادة (١٩٠) :

« يجب على البائع بيان العيب ولو كان بآفة سماوية دون بيان أنه اشتراه سالماً » .

المذكرة الإيضاحية

إذا حدث بالسلعة عيب في يد البائع ، أو في يد المشتري ، فأراد أن يبيعها مرابحة .

إن حدث العيب بآفة سماوية ، فله أن يبيعها مرابحة بجميع الثمن من غير بيان عندنا ، وعند زفر والشافعي لا يبيعها مرابحة حتى يبين .

وإن حدث العيب بفعله أو بفعل أجنبي لم يبعه مرابحة حتى يبين بالإجماع ، لأن الفئات صار مقصوداً بالفعل ، وصار مقابله الثمن ، فقد حبس المشتري جزءاً يقابله ، فلا يملك بيع الباقي مرابحة إلا ببيان بالخلاف فيما إذا كان العيب بآفة سماوية .

حيث يرى أبو حنيفة ومن معه أن له أن يبيع مرابحة بدون بيان العيب لأن الفئات جزء لا يقابله ثمن ، بدليل : أنه لو فات بعد العقد قبل القبض ، لا يسقط بمحضته شيء من الثمن ، فكان بيانه والسكوت

عنه بمنزلة واحدة ، وما يقابله الثمن قائم بالكلية ، فله أن يبيعها مرابحة من غير بيان ، لأنه يكونه بائعاً ما بقي بجميع الثمن .

ويرى زفر ومن معه : أن لا يبيع مرابحة حتى يبين ، لأن البيع من غير بيان حدوث العيب لا يخلو من شبهة الحياة ، لأن المشتري لو علم أن العيب حدث في يد المشتري لسكان لا يربحه فيه ، ولأنه لما باعه بعد حدوث العيب في يده ، فقد احتبس عنده جزءاً منه ، فلا يملك بيع الباقي من غير بيان ، كما لو احتبس بفعله أو بفعل أجنبي .

وقد رجح ابن السكال رأى زفر لأن مبنى المراجعة على عدم الحياة ، وعدم ذكره أنها انتقصت ، إيهام للمشتري أن الثمن المذكور كان لها ناقصة ، والغالب أنه لو علم أن ذلك ثمنها صحيحة ، لم يأخذها معيبة إلا بحطية ، وسبب شرعية المراجعة اعتماد أن الثمن قيمتها . وهذا يبين أنه لا يروم شراءها إلا بقيمتها كي لا يقين ، وأنه لو علم لم يرض ، فكان سكوته تقريراً له (١) .

مادة (١٩١) :

« إذا اشترى شخص شيئاً بثمن مؤجل وباعه مرابحة بثمن حال فللمشتري الخيار بين الأخذ بكل الثمن أو الترك إذا كان المبيع قائماً » .

(١) بدائع الصنائع ٥ - ٢٢٣ ، ابن عابدين ٤ - ١٦٥ ، فتح القدير ٥٥ - ٢٦١

المذكّرة الإيضاحيّة

من اشترى شيئاً بثمن مؤجل وباعه مرابحة بثمن حال كمن اشترى دابة بمائة — مثلاً — نسيئة فباعه بربح عشرة ، ولم يبين أنه اشتراها نسيئة بالمائة ، فعلم المشتري بذلك ، فله الخيار إن شاء رد المبيع ، وإن شاء قبل بالمائة والعشرة حالة .

وإنما يثبت له الخيار ، لأن الأجل شبها بالمبيع ، ألا يرى أنه يزداد في الثمن لأجله ، والشبهة ملحقة بالحقيقة ، فكان كأنه اشترى شيئين بالمائة ، وباع أحدهما بها على وجه المrabحة ، وهذا خيانة فيما إذا كان مبيعاً حقيقة ، فإذا كان أحد الشيئين يشبه المبيع ، يكون هذا شبهة الخيانة ، وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة في المrabحة ، فإذا ظهرت يخبر على ما عرف من مذهب أبي حنيفة ومحمد .

هذا الحكم إذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع ، بأن كان المبيع قائماً أما إذا علم بعدما هلك أو استهلك ، لزمه كل الثمن حالاً ، لأن الأجل في نفسه ليس بمال ، فلا يقابله شيء حقيقة إذا لم يشترط زيادة الثمن بمقابلته قصداً، ويزاد في الثمن لأجله ، إذا ذكر الأجل بمقابلة زيادة الثمن قصداً ، فاعتبر ما لا في المrabحة ، احترازاً عن شبهة الخيانة ، ولم يعتبر ما لا في حق الرجوع عملاً بالحقيقة . (بحر) (١) .

(١) فتح القدير ج ٢٦٢٥ ، ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٦

مادة (١٩٢) :

« التولية بيع ما ملكه بما قام عليه دون زيادة ربح » .

المذكرة الإيضاحية

قال صاحب الدر : التولية : يبعه بثمنه الأول ولو حكا (أى بهبة أو إرث . . الخ) يعنى بقيمته ، وعبر عن القيمة بالثمن ، لأن الغالب فيما يملكه الإنسان ، أن يكون بثمن سابق (١) .

* * *

مادة (١٩٣) :

« إذا ظهرت خيانة فى التولية يحط بقدرها ، ويلزم العقد بالباقي » .

المذكرة الإيضاحية

إنما كان للمشتري الحط فى التولية إذا ظهرت خيانة ، لأنه لو لم يحط فيها ، لا تبقى تولية ، لأنه يزيد على الثمن الأول ، والعقد إنما تعلق

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٠ ، ١٦١

باعتبارها ، فيتغير التصرف إلى بيع آخر بثمن آخر ولم يوجد ذلك البيع الآخر .

أما في المراجعة فإنه لو لم يحط ، لم تخرج عن كونها مراجعة ، وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف .

والحط في التولية عند ظهور الحياة قول أبي حنيفة وأبي يوسف . ويرى محمد أنه بتخريفها ، لأن الاعتبار ليس إلا للتسمية ، لأن الثمن به يصير معلوماً ، وبه يتمدد البيع ، ولا خيار بأنه الثمن الأول ، لا يتعلق الانعقاد به إنما هو ترويج وترغيب ، فيسكون وصفاً مرغوباً فيه ، فبقواته بظهور أن الثمن ليس إزاءك يتخير^(١) .

مادة (١٩٤) :

« تأخذ التولية حكم المراجعة في بيان العيب وكتان الأجل »^(٢) .

المذكرة الإيضاحية

انظر شرح المادة الثالثة والرابعة من (المراجعة والتولية) .

(١) المراجع ابن هابدين - ٤ من ١٦٣ ، فتح القدير - ٥ من ٢٥٦

(٢) ابن هابدين - ٤ من ١٦٦

مادة (١٩٥) :

«التغريب المؤدى إلى الغبن الفاحش يثبت به الرد في المراجعة والتولية ولا يمنع من الرد التصرف في بعض المبيع قبل العلم بالغبن»^(١).

المذكرة الإيضاحية

الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين هو الصحيح كما في البحر .

وذلك كما لو وقع البيع بعشرة مثلاً ، ثم إن بعض المقومين يقول : إنه يساوى خمسة وبعضهم ستة ، وبعضهم سبعة ، فهذا غبن فاحش ، لأنه لم يدخل تحت تقويم أحد بخلاف ما إذا قال بعضهم ثمانية وبعضهم تسعة وبعضهم عشرة فهذا غبن يسير .

والغبن الفاحش لا رد به في ظاهر الرواية وبه أفق بعضهم مطلقاً أى سواء كان الغبن بسبب التغريب أو بدونه لكن هذا الإطلاق لم يذكره في « القنية » وإنما حكى في القنية الأقوال الثلاثة ، فيفهم منه أن هذا غير مقيد بالتغريب أو بدونه ، ولكن نقل في الفتح أن الإمام

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٦ ، ١٦٧

علاء الدين السمرقندى ذكر في تحفة الفقهاء أن أصحابنا يقولون في المغبون أنه لا يرد ، لكن هذا في مغبون لم يغر ، أما في مغبون غر يكون له حق الرد استدلالاً بمسئلة ١ هـ أى بمسئلة ما إذا خان في المراجعة فإن ذلك تغرير يثبت به الرد .

ويبقى بالرد — وفقاً بالناس وعليه أكثر روايات المضاربة وبه يفتى — إن غر للشترى البائع أو العكس أو غر الدلال فله الرد وإن غره أجنبي لارد ، وإن لم يحدث تغرير لارد وبه أفتى صدر الإسلام وغيره هو الصحيح .

وتصرف المغبون في بعض المبيع قبل علمه بالغبن غير مانع من الرد ، فيرد مثل ما أتلفه مع رد الباقي ويرجع بكل الثمن هذا إذا كان المبيع مثلياً ، أما إذا كان قيمياً وتصرف ببعضه فهل يرجع بقدر ما غبن فيه ، أو لا يرجع ، أو يرد الباقي ويضمن قيمة ما تصرف فيه ؟

قال ابن عابدين : ما ذكرته من أن المغبون إذا غر له الرد استدلالاً بمسئلة المراجعة يقيد أن خيار التفرير في حكم خيار الحيانة في المراجعة وقد سبق أنه لو هلك المبيع أو استهلك في المراجعة قبل رده ، أو حدث به ما يمنع من الرد لزمه جميع الثمن المسمى وسقط خياره ، ومقتضى قوله : أو حدث به ما يمنع الرد إلخ . أنه لو هلك للبعض أو استهلك ، له رد الباقي ، إلا في نحو الثوب الواحد ، والظاهر أن هنا كذلك (١) .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٦٦ ، ١٦٧

باب الربا

مادة (١٩٦) :

« الربا فضل ولو حكما خال عن عوض مشروط لأحد
العاقدين في معاوضة مال بمال » .

المسذكرة الإيضاحية

« الربا فضل » مال أى فضل أحد المتجانسين على الآخر بالمعيار
الشرعى (السكيل والوزن) ففضل إردب شعير على إردب بر ،
لا يكون رباً لاختلاف الجنس وقيد بقوله « ولو حكما » ليدخل
ربا النسبة .

« خال » ذلك الفضل « عن عوض » قيد به ليخرج يبيع أردب بر ،
وأردب شعير ، بإردبى بر وإردبى شعير ، فإن للثانى فضلا على الأول ،
لكنه غير خال عن العوض ، فيصرف الجنس إلى خلاف جنسه : بأن
يباع أردب بر بإردبى شعير وأردب شعير بإردبى بر .

مشروط « ذلك الفضل » لأحد العاقلين ، بائعين ، أو مقرضين ،
أو راهنين . للاحتراز عما شرط لغيرهما ، فليس برباً بل بيعاً فاسداً .
« في معاوضة مال بمال » قيد بها للاحتراز عن هبة بعوض زائد ،
كأن باعه عشرة دراهم بعشرة دراهم ، بزيادة دائق غير — مشروط —
هبة بشرط : أن يكون في السكر إضرار بها ، فإن لم يضر بها السكر
وجب تخليص الدائق وتسليمه لإمكان القسمة .

ويدخل في الربا ، إذا شرط فيه من الاتقاع بالرهن : كاستخدام
والركوب ، والزراعة ، واللبس ، وأكل التمر ، فإن السكل ربا
حرام ، كما في الفهستاني (١) .

مادة (١٩٧) :

« يتحقق الربا بوجود القدر والجنس » .

المذكرة الإيضاحية

« العلة » ما يضاف إليها ثبوت الحكم بلا واسطة ، فالشرط ليس
بعلة لأنه لا يضاف إليه ثبوت الحكم ، والسبب والعلامة وعلة العلة ؛
لأنها الواسطة .

(١) المراجع : بحم الانهر ج ٢ ص ٨٤ ، ٨٣ ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٤ ، ١٨٥

فعلة تحريم الزيادة :

١ - القدر : وهو التساوى فى المقياس الشرعى الموجب للمائة
الصورية وهو : الكيل والوزن ...

٢ - والجنس أى مع اتحاد الجنس فى العوضين فالعلة مجموع
الوصفين ، لأن الأصل فيه الحديث المشهور ، وهو قوله — ﷺ —
« الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل ، يدأ بيد » ، وعد الأشياء الستة : الحنطة ،
الشعير ، التمر ، الملح ، الذهب ، الفضة .

ولما كان الأمر للوجوب ، والبيع مباح ، صرف الوجوب
إلى رعاية المائة ، والمائة بين الشئتين يكون باعتبار الصورة والمعنى
معا ، والقدر يسوى الصورة ، والجنسية تسوى المعنى ، فيظهر الفضل
الذى هو الربا .

فخرم يبع الكيل والوزن بجنسه : كبيع الحنطة بالحنطة ،
والذهب بالذهب مثلاً متفاضلاً ، لوجود الربا فى ذلك ، أو نسيئة
(بأجل) لما فى ذلك من شبهة الفضل إذ لا نقد خير ، ولو كان غير
مطعوم كالجص من المسكيلات ، والحديد من الموزونات ، لأن الطعم
غير معتبر عندنا .

وحل يبع ذلك متماثلاً بعد التقابض ، أو متفاضلاً غير معبر بمقياس ،
كحفة بحفتين لا تنفاه جريان الكيل ، وما دون نصف صاع فهو
فى حكم الحفة ، لأنه لا تقدير للشرع بما دونه ، وكذا يبع
بيضة ببيضتين .

والقاعدة : أن ما لا يدخل تحت الميعار « وهو السكيل والوزن »
 أما لقلته كالحفنة والحفنتين والتمرنة والتمرتين ، وأما لكونه عددياً ،
 لا يباع بالميعار الشرعى كما البيضة والبيضتين ، يحل البيع منفاضلاً ،
 لعدم جريان القدر والميعار فلا يوجد المساواة فلم يتميز الفضل وبقي
 على الأصل وهو الحل (١) .

مادة (١٩٨) :

« إذا وجد القدر مع الجنس حرم الفضل والنساء ، وإن
 عدما حلاً ، وإن وجد أحدهما حل الفضل وحرم النساء » .

المذكرة الإيضاحية

إذا تحقق الوصفان ، السكيل أو الوزن مع « الجنس » حرم الفضل
 كأردب بر بأردبين منه ، وحرم النساء ولو مع التساوى كأردبين
 بأردبين منه أحدهما أو كلاهما نسيئة « مؤخرًا » لوجود العلة .
 وإن لم يتحقق كل من الوصفين ، حل الفضل والنساء ، لعدم العلة
 الموجبة المحرمة ، إذ الأصل الجواز ، والحرمه بعارض ، فيجوز
 ما لم يثبت فيه دليل الحرمه .

(١) مجمع الانهر ج ٢ ص ٨٤ ، ٨٥

واذا تحقق أحدهما فقط ، حل التفاضل ، كما اذا بيع اردب حنطة باردبي شعير يدا بيد ، حل الفضل ، فان أحد جزئي العملة وهو الكيل موجود هنا دون الجزء الآخر وهو الجنسية .

ولا يحل النساء في هذه الصورة ، ولو بالتساوى ، وذلك لأن جزء العملة وان كان لا يوجب الحكم ، لكنه يورث الشبهة في الربا ، والشبهة في باب الربا ملحقه بالحقيقة لكنها أقل منها ، فلا بد من اعتبار الطرفين ، ففي النسيئة أحد البدلين معدوم وبيع المعدوم غير جائز ، فصار هذا المعنى مرجحا لتلك الشبهة فلا يحل ، وفي غير النسيئة لم تعتبر الشبهة لأنها أقل من الحقيقة (١) .

* * *

مادة (١٩٩) :

د مانص الشارع على كونه كيليا أو وزنيا فهو كذلك أبدا ، وإن ترك الناس التعامل به ، وما لم ينص عليه يحمل على العرف ، (١) .

المذكرة الإيضاحية

مانص الشارع على تحريم الربا فيه كيلا فهو كيليا أبدا ، كالبر ، والشعير ، والتمر ، والملح .

(١) مجمع الانهر ج ٢ ص ٨٥

أو على تحريم الربا فيه وزنا فهو وزنى أبدا كالذهب ، والفضة ،
ولو تعورف بخلافه ، لأن النص قاطع ، وأقوى من العرف ، والأقوى
لا يترك بالأدنى

ومالا نص في كونه كيبلا أو وزنيا يحمل على العرف كذير الصفة
المذكورة وهي : البر ، والشعير ، والتمر ، والملح ، والذهب ، والفضة ،
لأن الشرع اعتبر عادة الناس لقوله عليه السلام . « ما رآه المؤمنون
حسنا فهو عند الله حسنا » .

فلا يجوز بيع البر بالبر « مثلا » متماثلا وزنا ، لأن البر كيبلي شرعا
لا وزنى ولا يبيع الفذهب بالذهب « مثلا » متماثلا كيبلا ، لأن الذهب
وزنى لا كيبلي ، وإن تعارفوا ذلك لاحتمال الفضل على ما هو المعيار فيه (١) .

* * *

مادة (٢٠٠) :

« يشترط التعيين والتقابض في مجلس العقد في الصرف ،
ويشترط التعيين فقط في غيره من الرويات » .

المذكرة الإيضاحية

يشترط التعيين والتقابض في المجلس في الصرف ، لقوله عليه السلام :

(١) مجمع الانهر ج ٢ ص ٨٦ ، ابن عابدين ج ٢ ص ١٨٩ .

« الفضة بالفضة هاه وهاه » . معناه خذ يدا بيد ، والمراد به القبض ، كفى بها عنه لأنها آتته .

ويشترط النعمين فقط في غير العرف من الربويات ، فلا يشترط التقابض في بيع الطعام بمثله عينا ، حتى لو باع برا ببر بعينهما وتفرقا قبل القبض جاز ، وإنما قلنا بمثله ، إذا التفاضل لا يجوز اتفاقا .
وإنما قلنا عينا إذ لو لم يكن معينا لا يجوز اتفاقا لعدم العينية (١) .

مادة (٢٠١) :

« الجودة والرداءة لا يعتد بهما في الربا فهما سواء » .

المذكرة الإيضاحية

لا يجوز بيع الجيد بالردىء إذا قوبل بمجنسه مما فيه الربا إلا متساويا لقوله عليه السلام : « جيدها وورديها سواء » .

وكذا لا يجوز بيع البسر بالتمر إلا متساويا ، لاطلاق التمر على البسر ، ولا بيع البر بالدقيق أو بالسويق أو بالنخالة مطلقا ، لا متساويا ولا متفاضلا ، لأن المجانسة باقية من وجه ، باعتبار أنها أجزاء الخلطة ، وذلك لعدم المسوى لاختلاف البر واكتناز غيره (٢) .

(١) مجمل الانهر ج ٢ ص ٨٥ ، ابن عابدين ج ٤ ص ١٩١ .

(٢) مجمل الانهر ج ٥ ص ٨٩ ، ابن عابدين ج ٤ ص ١٩١ .

مادة (٢٠٢) :

« كل شيء لشفله قيمة إذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص أكثر » .

المذكرة الإيضاحية

لا يجوز مثلا : بيع الزيتون بالزيت ، والسهم بالشيرج ، حتى يكون الزيت — في صورة بيع الزيتون به ، والشيرج في صورة بيع السهم به — أكثر مما في الزيتون والسهم لتكون الزيادة في مقابلة « الشيرج » وهو « ثفل كل شيء يعصر » .

والبيع لا يجوز في ثلاث صور :

- ١ — أن يعلم أن الزيت الذي في الزيتون « مثلا » أكثر ، لتحقيق الفضل « الزيادة » من الدهن والثفل .
- ٢ — أن يعلم التساوى ، لحلو الثفل عن المعوض .
- ٣ — أن لا يعلم أنه مثله ، أو أكثر ، أو أقل .

فلا يصح عند أبي حنيفة والصاحبين ، لأن الفضل المتوهم كالمحقق احتياطا وعند زفر جاز ، لأن الجواز هو الأصل ، والفساد لوجود الفضل الحالى ، فلم يعلم لا يفسد .

ويجوز البيع في صورة بالإجماع . بأن يعلم أن الزيت المنفصل أكثر ، ليكون الفضل بالنفل (١) .

مادة (٢٠٣) :

« لا ربا بين شريكي المفاوضة والعنان إذا تبايعا من مال الشركة » .

المذكرة الإيضاحية

لا ربا بين متفاوضين وشريكي عنان ، إذا تبايعا من مال الشركة ، بمعنى أن كلا من البدلين يكون من مال الشركة ، أما لو اشترى أحدهما درهمين من مال الشركة بدرهم من ماله مثلا ، فقد حصل للمشتري زيادة ، وهي حصة شريكه من الدرهم الزائد بالاعوض ، وهو عين الربا (٢) .

• • •

(١) مجمع الانهر ج ٢ ص ٨٩ ابن عابد بن ج ٤ ص ١٩٠ .
(٢) ابن عابد بن ج ٤ ص ١٩٦ ، مجمع الانهر ج ٢ ص ٨٩ .

باب السلم

مادة (٢٠٤) :

« السلم بيع آجل بعاجل » .

المذكرة الإيضاحية

السلم لغة : كالسلف ، وزنا ومعنى . وهو عبارة عن نوع بيع يجعل فيه الثمن .

وشرعا : بيع آجل ، وهو المسلم فيه (المبيع) بعاجل ، وهو رأس المال .

ويسمى صاحب الدرهم : رب المسلم والمسلم ، ويسمى الآخر : المسلم إليه .

ويسمى المبيع : المسلم فيه . ويسمى الثمن : رأس المال .

وهو عقد مشروع ثبتت شرعيته بالكتاب ، وهو قوله تعالى :
(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى . إِلَى آخِرِ الْآيَةِ)

وبالسنة ، وهى قوله صلى الله عليه وسلم : « من أسلم منكم فليسلم
 فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » وثبت . أيضا بالإجماع
 للحاجة .

والقياس بأبى جوازه لأنه بيع المعدوم ، وترك القياس بالنص .
 وهو نهى الرسول ﷺ عن بيع المعدوم ورخص فى السلم .
 والبيع : هو المبادلة : انظر مادة ١ من باب البيع (١) .

* * *

مادة (٢٠٥) :

« ينعقد السلم بالإيجاب والقبول » .

المذكرة الإيضاحية

انظر مادة ٢ من باب البيوع فى معنى : الانعقاد : والإيجاب :
 والقبول والعاقدان هما : رب السلم : المسلم إليه (٢) .

* * *

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢١٢ ، مجمع الانهر ج ٢ ص ٩٧ ، فتح القدير

ج ٥ ص ٣٢٣ ، ٣٢٤

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ٢١٢

مادة (٢٠٦) :

« حكم السلم ثبوت الملك في البدلين » .

المذكرة الإيضاحية

حكم السلم : ثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن ، ولرب السلم في المسلم فيه وهو الدين السكّان في الذمة ، أما في العين فلا يثبت إلا بقيضه على انعقاد مبادلة أخرى ، والمؤجل : هو المطالبة بما في الذمة (١) .

. . .

مادة (٢٠٧) :

« يصح السلم فيما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره » .

المذكرة الإيضاحية

يصح السلم فيما أمكن ضبط صفته من الجودة والرداءة ونحو ذلك ، ومعرفة مقداره من الكيل والوزن والزرع ، لأنه لا يفضى إلى المنازعة .

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٣٢٣ ، ابن عابدين ج ٤ ص ٢١٢

ومالم يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره ، لا يصح السلم فيه لأنه
يفضى إلى المنازعة .

وعلى هذا فيصح السلم في الكيل ، كالجوز والشمع ، وللوزن :
كالسمل والزيت ، سوى النقيدين من الدراهم والدنانير لأنها موزونة
ولكن لأنهما غير مثنين بل خلقا مثنين فلا يجوز السلم فيهما .

ويصح في العددي للتقارب ، وهو مالا تتفاوت آحاده ، كالجوز
والبيض عددا وكيلا ، لأنه معلوم مضبوط مقدور للتسليم ، وما فيه
من التفاوت يهدر عرفا ، ولا خلاف في جوازه عددا ، وإنما الخلاف
فيه كيلا ، فعند الأئمة الثلاثة يجوز كيلا ، ومنعه زفر كيلا وعددا
للتفاوت ، وإنما جاز كيلا عندهم لوجود الضبط فيه .

أما العددي للتفاوت ، فلا يجوز السلم فيه ، وما تفاوتت مالبته
متفاوت ، كالبطيخ والقرع والرمان والسفرجل وغيرها . فلا يجوز
السلم في شيء منها عددا للتفاوت ، إلا إذا ذكر ضابط غير مجرد
العدد كطول وغلط وغير ذلك كما في البحر .

وذكر في المختلف : يجوز السلم في الجوز والبيض عددا وكيلا
ووزنا . وقال زفر : يجوز كيلا ووزنا ، وكذا ذكر في المبسوط ،
وفي فتاوى الأفتس أجمعوا على أن السلم يجوز في الجوز كيلا ،
وفي البيض وزنا اهـ .

فعلى هذا يظهر مخالفة ما في البحر وغيره من أن زفر منعه كيلا .

ويصح السلم في اللبن والآجر إذا مهي قابلا معلوما ، لأن التفاوت حينئذ يكون أقل .

ويصح السلم في المذروع كالثوب إن بين طوله وعرضه ورقعته . وفي المنح ، وصفته وصنعتة لأنه يصير معلوما بذكر هذه الأشياء فلا يؤدي إلى النزاع ، وفي الثوب الحرير يزداد بيان وزنه .

ولا يصح السلم في الحيوان ، لتفاوت آحاده ، ولا في أطرافه ، ولا في جلوده عددا ، لكون التفاوت في الصغر والكبر فاحشا ، وفي الذخيرة إن بين للجلود ضربا معلوما يجوز لانتفاء المنازعة .

ولا يصح في الحطب حزما ، ولا الرطبة جرزا ، لأن هذا مجهول لا يعرف طوله وغلظه . حتى إذا عرف ذلك بأن بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة ، وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي إلى النزاع جاز ، ولو قدره بالوزن في الكل صح كما في الفقمح .

ولا يجوز السلم بكيل أو ذراع معين لا يدري قدره ، لاحتمال الضياع فيقع النزاع بخلاف البيع به ، ولو كانا معلومى المقدار جاز .

ولا يجوز في طعام قرية أو ثمر نخلة معينة ، إذ ربما تعرضهما آفة ، فلا يمكن التسليم ولو أسلم في طعام ولاية يجوز ، لأن وصول الآفة لطعام كل الولاية نادر ، وإن نسب إلى القرية لبيان الوصف فالسلم جائز كما في شرح المجموع (١) .

• • •

(١) مجمع الانهر ج ٢ ص ٩٧ ، ٩٨ ، ٩٩ ، ١٠٠

مادة (٢٠٨) :

« يشترط في السلم فيه بيان جنسه ، ونوعه ، وصفته ،
ومقداره ، وأجله ، ومكان إيفائه إن كان له حمل ومؤنة ،
وكونه مضمناً ، وأن يكون موجوداً من وقت العقد إلى وقت
حلول الأجل » .

المذكرة الإيضاحية

لصحة السلم يشترط في المسلم فيه : بيان جنسه كبر ، أو صغير ،
وبيان النوع كمسقية أو بعلبة ، وبيان صفته كجيد أو رديء ، وبيان
قدره مثل : كذا رطلاً أو كيلوً لا ينقبض ولا ينبسط ، وبيان
أجل معلوم ، إذ السلم لا يجوز إلا مؤجلاً . وأقل الأجل في السلم
شهر في الأصح ، روى ذلك عن محمد وعليه الفتوى . لأن مادونه
عاجل والشهر وما فوقه آجل . وبيان مكان إيفائه إن كان له حمل
ومؤنة كالخنطة . قيل ما لا يحمل إلى مجلس القضاء عجاناً ، وقيل
مالاً يمكن رفعه بيد واحدة هذا عند الإمام . وعند الصاحبين لا يشترط
مكان الإيفاء ، ويوفيه في مكان عقده ، لأن التسليم وجب بالمقد ،
فتعين مكانه له ، ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات
الإمكان في الأوامر . وصار كالقرض والنصب : ولأبي حنيفة أن

التسليم غير واجب في الحال ، فلا يتعين بخلاف القرض والنصب ،
وإذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة ، لأن قيم الأشياء تختلف
باختلاف المكان فلا بد من البيان .

وكونه مشنأ : فلا يجوز السلم في الدراهم والدنانير لأنها أثمان .
وأن يكون موجودا من وقت العقد الى وقت حلول الأجل ،
فما لا يبقى في الأسواق والبيوت من حين العقد الى حين الحل ،
لا يجوز فيه السلم ، حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند الحل
أو بالعكس ، أو منقطعا فيما بين ذلك . لقوله عليه السلام : « لا تسلفوا
في الأثمار حتى يبدو صلاحها » ولا احتمال موت المسلم إليه بعد العقد
قبل أن يبلغ الحل ، إذ يحل الأجل ويلزم التسليم والاحتمال في هذا
العقد ملحق بالحقيقة (١) .

• • •

مادة (٢٠٩) :

« إذا انقطع المسلم فيه بعد حلول الأجل ، فلرب السلم
الخيار بين فسخ السلم أو انتظار وجوده »

(١) مجمع الأنهر ج ٢ من ١٠٠ ، ١٠١ ، ١٠٢ ، ابن عابدين ج ٤

المذكّرة الإيضاحيّة

لو أسلم في موجود حال للعقد والمحل ، ثم انقطع بعد حلول الأجل قبل التسليم فالسلم صحيح على حاله ، ورب السلم بالخيار إن شاء فسخ العقد ، وإن شاء انتظر وجوده ، لأن السلم قد صحح ، والمعجز عن التسليم طارىء على شرف الزوال ، فصار كما باق المبيع قبل القبض ، وهذا لأن المفقود عليه هنا دين ، ومحل الدين الذمة ، وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله ، وإنما تأخر التسليم ، إذا كان وجوده مرجحاً بخلاف المبيع المعين ، فإن بهلاكه يفوت محل العقد .

وقال زفر : يبطل العقد وهو رواية عن السكرخي ، للمعجز عن التسليم قبل القبض فصار كما لو هلك المبيع قبل القبض في المبيع المعين ، فإن الشيء كما لا يثبت في غير محله لا يبقى عند فواته (١) .

* * *

مادة (٢١٠) :

« يشترط في رأس المال أن يكون معلوماً ، ومقبوضاً قبل التفريق » .

المذكّرة الإيضاحيّة

يشترط في رأس المال : أن يكون معلوماً قدرأً ونوعاً وجنساً

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٣٣٢

وانتقاداً ، ويشترط بيان قدر رأس المال ، إذا كان العقد يتعلق على مقداره ، وإن كان مشاراً إليه عند الإمام ، فلا يجوز في جنسين بلا بيان رأس مال كل منهما ، فإذا أسلم مائة درهم في إردب بر وإردب شعير ولم يبين رأس مال كل منهما لا يصح عنده ، لأن إعلام قدر رأس المال شرط فيقسم المائة على البر والشعير باعتبار القيمة ، وهي تعرف بالظن ، فتكون مجهولة ، حتى لو كان المسلم فيه مع تعدده من جنس واحد يصح ، لأن رأس المال ينقسم عليها على السواء .

ويشترط في رأس المسال أيضاً قبضه قبل تهرق العاقدين بالبدن ، لأن السلم أخذ آجل بمأجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ، فلا يضر القبض بعد مشيهما فرسخاً أو أكثر أو نومهما والافتراق . أن يتواري أحدهما عن عين صاحبه ، حتى لو دخل رب السلم بيته لإخراج الدراهم ولم يغب عن عين صاحبه لا يكون افتراقاً .

والقبض شرط لبقاء العقد على الصحة ، فلو أبى المسلم إليه قبضه في المجلس أجبر عليه ، وفيه إشارة إلى أن شرط الخيار مفسد للسلم لأنه يمنع تمام القبض (١) .

مادة (٢١١) :

« يشترط في البدلين ألا يشملهما إحدى علتى الربا . »

(١) مجمع الانهر ج ٢ ص ١٠٢ ، ١٠٣ .

المذكّرة الإيضاحيّة

من شروط رأس المال ، والمسلم فيه ، ألا يشملهما إحدى على الربا
وهما الجنس والقدر . (انظر المادة الثمانية في الربا) .

فإذا اجتمع أحد هذين الوصفين في البديلين يتحقق ربا للنساء ،
والعقد الذي فيه ربا فاسد .

وعلى هذا يخرج من السلم المكيل في المكيل ، أو الموزون
في الموزون ، والمكيل في الموزون ، والموزون في المكيل ، وغير
المكيل والموزون بمجنسهما من الثياب والعدييات المتقاربة (١) .

مادة (٢١٢) :

« يبطل الأجل بموت المسلم إليه ، ويؤخذ المسلم فيه من
التركة في الحال » .

المذكّرة الإيضاحيّة

لومات المسلم إليه قبل الأجل حل الدين ، وكذلك كل دين مؤجل
سواه إذا مات من عليه الدين .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢١٤ .

والأصل في هذا أن موت من عليه الدين يبطل الأجل ، وموت من له الدين لا يبطل لأن الأجل حق المدين لا حق صاحب الدين ، فتعتبر حياته وموته في الأجل وبطلانه .

وإذا بطل الأجل يؤخذ المسلم فيه من التركة في الحال (١) .

مادة (٢١٣) :

« لا يجوز لأحد العاقدین التصرف في رأس المال أو المسلم فيه قبل القبض » .

المذكرة الإيضاحية

لا يجوز للمسلم إليه التصرف في رأس المال قبل قبضه لما في ذلك من تقويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعاً قبل الافتراق .

كما لا يجوز لرب السلم التصرف في المسلم فيه قبل القبض أيضاً لأنه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز .

ولا تجوز الشركة والتولية في المسلم فيه ، لأن المسلم فيه مبيع

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢١٣ ، ابن عابدين ج ٤ ص ٢١٦ ، ٢١٧

والتصرف فيه قبل القبض لا يجوز ، ولرأس المال شبه بالمبيع فلا يجوز
التصرف فيه قبل القبض ، ففي التولية تملكه بعوض ، وفي الشركة
تملك بعوضه بعوض فلا يجوز .

وإن تقايلا السلم لا يجوز لرب السلم شراء شيء من المسلم إليه
برأس المال قبل قبضه لقوله عليه السلام : « لا تأخذ إلا سلكك أو رأس
مالك » (١) .



(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٠٣ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢٤٥ .

الاستصناع

مادة (٢١٤) :

« الاستصناع : بيع ما يصنعه عينا . »

المذكّرة الإيضاحيّة

الاستصناع . لغة : طلب العمل .

وشرعا : يبيع ما يصنعه عينا .

فيطلب فيه من الصانع العمل والعين جميعا ، فلو كان العين من
للاستصناع كان إجارة لا استصناعا .

وكيفيته : أن يقول الصانع كخفاف مثلا : اصنع لي من مالك خفاً
من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين .

فلن حدد فيه أجل كان سلماً (انظر المادة ١٠ سلم) .

والاستصناع بلا أجل معلوم يصح استحسانا فيما تعورف فيه
كخف وطست وغير ذلك من الأواني .

وجوازه استحساناً لأن الناس تعاملوه في سائر الأعصار من غير تكبر فكان إجماعاً منهم على الجواز ، وقد استصنع رسول الله ﷺ خاتماً ومذبراً .

والقياس يأبى جوازه لأنه يبيع المعدوم :

وهو يبيع عند عامة « مشايخنا » وقال بعضهم : هو عدة لكن الصحيح من المذهب جوازه بيعاً لأن عهداً ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة ، وثبت فيه خيار الرؤية للمستصنع وهو من خصائص البيوع .

ومن شرط جوازه أن يكون فيما للناس فيه تعامل والعداء لا يتقيد جوازها بهذه الشرائط فدل أن جوازه جواز البياعات لا جواز العداء . ولا يصح الاستصناع بلا أجل فيما لم يتعارفه الناس فيه كما إذا أمر حائكاً أن ينسج له ثياباً بغزل من عنده بسراهم لم يجز إذ لم يجز فيه التعامل فيبقى على أصل القياس ، إلا إذا شرط فيه الأجل وبين شرائط السلم فينثذ ويجوز بطريق السلم (١) .

مادة (٢١٥) :

« يكون الاستصناع سائماً إذا حدد فيه الأجل » .

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٠٦ ، ١٠٧ بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٠٩ ، ٢١٠ .

المذكرة الإيضاحية

كيفية الاستصناع : أن يقول لصانع كهخاف مثلاً : اصنع لى من مالك خفأً من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين بأجل معلوم كأن يقول : شهرأ مثلاً . صار سلماً ؛ فتعتبر فيه شرائط السلم .

فيصح فيما أمكن ضبط صفته وقدره تعورف الاستصناع فيه أولاً عند أبى حنيفة لأن السلم ثابت بالكتاب والسنة والإجماع مطلقاً . وعند الصاحبين إن ضرب الأجل فيما تعورف فهو استصناع ، لأن اللفظ حقيقة فيه فيحفظ على مقتضاه ، وإن ضرب فيما لا يتعارف فيه فهو سلم ، لتعذر جملة استصناعها ، ويحمل الأجل فيما فيه تعامل على الاستعجال . هذا إذا كانت المدة على سبيل الاستمهال . أما إذا كانت على سبيل الاستعجال بأن استصنع على أن يفرغ عنه غداً أو بعد غد لا يصير سلماً بالإجماع (١) .

* * *

مادة (٢١٦) :

« يشترط في جواز الاستصناع بيان جنس العين المستصنعة ونوعها وقدرها وصفتها وأن يكون فيما للناس فيها تعامل » .

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ١٠٦ .

المذكّرة الإيضاحيّة

يشترط في جواز الاستصناع بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته وأن يكون فيما للناس فيه تعامل ، لأنه مبيع فلا بد وأن يكون معلوما ، والعلم يحصل بهذه الأشياء .

أما ما لا تعامل لهم فيه فلا يجوز ، لأن جواز الاستصناع مع أن القياس يأباه ، يثبت بتعامل الناس فيختص بما لهم فيه تعامل ، ويبقى الأمر فيما وراء ذلك موكولا إلى القياس^(١) .

مادة (٢١٧) :

« ثبوت الملك في العين المستصنعة غير لازم في حق المستصنع وله خيار الرؤية ، وللازم في حق الصانع إن رضى به المستصنع ولا خيار له » .

المذكّرة الإيضاحيّة

حكم الاستصناع في حق المستصنع — إذا أتى الصانع بالمستصنع على الصفة المشروطة — ثبوت ملك غير لازم في حقه حتى يثبت له

(١) بدائع الصنائع ج ٥ ص ٢٠٩ ، ٢١٠ .

خيار الرؤية إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه ، وفي حق الصانع ثبوت ملك لازم إذا رآه المستنصر ورضى به ولا خيار للصانع .
وهذا جواب ظاهر الرواية ، لأن المستنصر مشتر شيئاً لم يره لأن المعقود عليه وإن كان معدوماً حقيقة لكنه جعل موجوداً شرعاً حتى جاز العقد استحساناً ، ومن اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه ، والصانع بائع شيئاً لم يره فلا خيار له ، ولأن إلزام حكم العقد في جانب المستنصر بإضرار لأن من الجائز أن لا يلائمه المصنوع ولا يرضى به فلو لزمه وهو مطالب بتمته فيحتاج إلى بيعه من غيره ، ولا يشتري منه بمثل قيمته فيتضرر به ، وليس في الإلزام في جانب الصانع ضرر ، لأنه إن لم يرض به المستنصر يبيعه من غيره بمثل قيمته ، وذلك ليس عليه وروى عن أبي حنيفة أن ثبوت الملك غير لازم في حق كل منهما حتى يثبت لكل واحد منهما الخيار لأن في اللزوم أضراراً بهما ، فبالنسبة للصانع فإن في إثبات الخيار للمستنصر أضراراً به لأنه قد أفسد متاعه وفرى جلدته وأتى بالمستنصر على الصفة المشروطة ، وأما ضرر المستنصر فلأن الصانع متى لم يصنعه وانفق له مشتر يبيعه فلا تدفع حاجة المستنصر فيتضرر به ، فوجب أن يثبت لهما الخيار دفعاً للضرر عنهما .

وعن أبي يوسف أن ثبوت الملك لازم في حقهما فلا خيار لأحدهما لأن في إثبات الخيار للمستنصر إضراراً بالصانع ، لأنه قد أفسد عليه متاعه وفرى جلدته ، وأتى بالمستنصر على الصفة المشروطة فلو ثبت له الخيار لضرر به الصانع فيلزم دفعاً للضرر عنه (١) .

باب الصرف

مادة (٢١٨) :

الصرف يبيع جنس الأثمان بعضها ببعض ،

المذكّرة الإيضاحيّة

الصرف يطلق على بيع الأثمان بعضها ببعض ، والمراد بالأثمان ما خلق للثمنية ، وفسر بذلك ليدخل فيه بيع المصوغ بالمصوغ ، أو بيع المصوغ بالنقد ، فإن المصوغ بسبب ما اتصل به من الصفة لم يبق ثمناً صريحاً ، ولهذا يتعين في العقد ، ويثبت فيه خيار الرؤية والعيب ولا يثبت في النقد ، ومع ذلك فيعه صرف لأنه خلق للثمنية وسواء كانت هذه الأثمان من جنس واحد كبيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة ، أو من جنس مختلف كبيع الذهب بالفضة أو بعكس ذلك^(١) .

(١) ابن عابدين ص ٣٢٥ - ٤ ، ومجمع الأنهر ص ٢ ص ١١٦

« يشترط لبقاء صحة الصرف تقابض البدلين قبل انتهاء مجلس العقد كما يشترط التماثل عند اتحاد الجنس » .

المذكرة الإيضاحية

هذا الشرط شرط بقاء على الصحة لاشترط انعقاد ، والمقصود بالتماثل التساوى وزناً لا عدداً ، والمراد بالتساوى ، التساوى في علم كل من المتعاقدين ، لا بحسب الواقع ، فلو لم يعلما التساوى وكان في الواقع متساوياً ، لم يحجز إلا إذا ظهر التساوى في المجلس .

والمراد بالتقابض أن يكون بالفعل لا بالتخلية كأن يقبضه بيده ، أو يوضع له في كفه أو حبيبه ، على أن يكون ذلك قبل افتراق المتعاقدين بأبدانهما ، وهذا يفيد عموم اعتبار المجلس ، ومن ثم قالوا لا يطل المجلس بما يدل على الإعراض ، ولو سارا فرسخاً ما لم يتفرقا ، واشتراط القبض أفاد أنه لا يجوز الإبراء عن بدل الصرف . ولا هتبه أو التصديق به فلو فعل لم يصح بدون قبول الآخر ، فإن قبل انتقض للصرف وإلا لم يصح ولم ينتقض . واشتراط التقابض يخرج خيار الشرط والأجل لأن اشتراطهما يفسد الصرف من الأصل لأنه فساد مقترن بالعقد ولأن خيار الشرط يتمتع به استحقاق القبض ما بقي

الحيار ، لأن استحقاقه مبنى على الملك والحيار يمنعه ، والأجل يمنع كذلك القبض الواجب ، وبإسقاط الشرطين يصح الصرف لزوال المانع ويسقط الشرطان بنقد البدلين في المجلس .

وإذا لم يتجانس النقدان شرط التقابض لحزمة التأخير ، ولم يشترط التماثل ، فإذا باع النقيدين أحدهما بالآخر بدون معرفة قدر أو زيادة أحدهما على الآخر كان ذلك صحيحاً .

ولو استقرضا البدلين بأن قال أحدهما للآخر بعتك درهماً بدرهم وقبل الآخر ولم يكن عندهما شيء ، ثم استقرض كل منهما درهماً من ثالث ، وتقابضا قبل الافتراق صح .

وكذلك لو قال أحدهما بعتك هذا الدرهم بهذا الدرهم ، وأمسك كل منهما درهماً قبل التسليم ، ودفع كل منهما درهماً آخر قبل الافتراق كان ذلك صحيحاً^(١) .

مادة (٢٢٠) :

« إذا ظهر زيف بعض الثمن فرده ينتقض الصرف في الردود ويبقى في غيره » .

(١) ابن عابدين ص ٤ ج ٢٢٥ — ٣٢٧ ج ٤ ص ٢٤٥ مجمع الأنهر

ج ٢ ص ١١٦ .

المذكرة الإيضاحية

إذا اشترى عشرة دراهم بدينار وتقابضنا ثم وجد فيها ردها زائفا
فإن كانا لم يتفرقا استبدله ، وإن كانا قد تفرقا رده عليه ، وكان شريكا
في الدينار بحصته (١) .

* * *

مادة (٢٢١) :

« يبطل الصرف إذا تصرف أحد المتعاقدين في بدل
الصرف قبل قبضه عند قبول الآخر » .

المذكرة الإيضاحية

لا يتصرف في بدل الصرف قبل قبضه بهبة أو صدقة أو بيع حق
أو وهبه البديل أو تصدق به أو أبرأه منه فإن قبل بطل الصرف وإلا
لا . فإن البراءة ونحوها سبب الفسخ فلا ينفرد به أحدهما دون الآخر
بعد صحة العقد ، وقيد بالتصرف لأن الاستبدال به صحيح . فلو باع

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٢٧

ديناراً بدرهم واشترى بالدرهم ثوباً قبل قبضها فسد البيع في الثوب والصرف بحاله لأنه لو جاز سقط حق القبض المستحق لله تعالى وهو لا يسقط بإسقاط المتعاقدين ، ولأن الثمن في الصرف مبيع من وجه لعدم الأولوية والنصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز والقياس يقتضى جوازه كما نقل عن زفر فالبيع صحيح عنده لأن الثمن في بيعه لم يشين كونه بدل للصرف لأن النقد لا يشين (١) .

* * *

مادة (٢٢٢) :

«الجمع بين النقود وغيرها في البيع لا يخرج النقود عن كونها صرفاً بما يقابلها من الثمن» .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع سيفاً بمائة وبه حلية قيمتها خمسون وتخلص بلا ضرر ، ونقد من الثمن خمسين فما تقدم فهو ثمن الفضة ، سواء سكت ، أو قال خذ هذا من ثمنهما فإن افرقا من غير قبض ، بطل البيع في الحلية ، إن كانت تخلص بلا ضرر ، وإن لم تخلص بطل البيع في الحلية والسيف . لأن حصة الحلية يجب قبضها في الجاس ، ولهذا جعل

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٢٧ طبعة أخرى ج ٤ ص ٢٤٦ ، ومجمع الأنهر

ج ٢ ص ١١٧ .

المنقود حصة لما لأن الظاهر من حال المسلم ألا يترك الواجب فيحمل عليه ، وإن لم يبينه أو ينوه .

وإذا قال خذ هذا من ثمنها فالأمر كذلك لأن معنى هذا خذ بعضاً من ثمن مجموعهما ، وثنى الحلبة بعض ثمن المجموع فيحمل عليه طلباً للجواز ، أو يكون من قبيل ذكر الاثنين وإرادة الواحد ، لقوله تعالى : « يخرج منها الأول والمرجان » وكذلك إذا قال خذ هذا من ثمن السيف كان عن الحلبة ، وجاز للبيع لأن السيف اسم للحلبة أيضاً . أما لو قال خذ هذا من ثمن السيف خاصة وقال الآخر « نعم » « أولاً » وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلبة لأنه لا مجال بعد قوله خاصة . لأنه هو المالك فالقول له في بيان جهته .

وإذا اختلف المتماقدان من غير قبض صح البيع في السيف إن كانت الحلبة تخلص منه بلا ضرر ، لأنه أمكن إفراده بالبيع ، وإن لم تخلص الحلبة إلا بضرر بطل البيع فيها . أما في الحلبة فلا لأن حصة الصرف يجب قبضها قبل الافتراق ، وأما في السيف فلتعذر تسليمه بدون الضرر كالجذع في السقف .

والأصل في ذلك أنه متى بيع تقدم مع غيره كمفضض ومزركش بنقد من جنسه شرط زيادة الثمن فلو مثله أو أقل أو جهل بطل . ولو بيع بنقد من غير جنسه شرط التقابض فقط ، ولا يشترط تحقق زيادة الثمن لقوله عليه السلام : « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » (١) .

(١) ابن عابدين ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ج ٤ ، ومجمع الأنهر ص ١١٧ ، ١١٨ ج ٢ .

مادة (٢٢٣) :

« إذا باع مصوغاً يحنسه أو بغير جنسه وقبض بعض الثمن ثم انفض المجلس صح البيع فيما قبض وبطل فيما لم يقبض وأصبحا شركاء في المبيع » .

المذكرة الإيضاحية

لم يصح الصرف فيما لم يقبض لأن الفساد لا يثبث في السكك لأنه طارئ بعد صحة العقد في السكك ، وليس لأى منهما الخيار ، لأن عيب الشراكة جاء بفعلهما ، وهو الافتراق بلا قبض (١) .

* * *

مادة (٢٢٤) :

« إذا استحق بعض بدل الصرف بعد قبض الثمن ، فإن كان لا يضره التبعض أخذ المشتري الباقي بحصته ولا خيار له ، وإن كان يضره التبعض فإن ثبت الاستحقاق بالبينة كان

(١) ابن عابدين ص ٢٤٨ ج ٤ ولتحقق القدير

المشتري بالخيار بين أخذ ما بقي بحصته من الثمن أو رده ، وإن
كان بالإقرار فلا خيار له وأصبحا شركاء في المبيع .

المذكرة الإيضاحية

إذا استحق بعض بدل العرف بمد قبض كل الثمن ، فإما أن
يكون المبيع مما يضره التبعض أو لا يضره فإن كان لا يضره التبعض
كالدرهم والدنانير والسبيكة ، فإن المشتري يأخذ الباقي بحصته من الثمن
ولا خيار له .

وإن كان يضره التبعض كالصوغ ، فإن ثبت الاستحقاق بالبينة
كان المشتري بالخيار بين أخذ ما بقي بحصته من الثمن أو رده . وذلك
لأن عيب الاشتراك حدث بغير صنعه لأن الاستحقاق كان موجوداً
عند البائع مقارناً للعقد .

أما إذا استحق بعض المصوغ فأقر المشتري بهذا الاستحقاق ،
فإن المشتري لا يخير ، لأن الشركة ثبتت بصنعه (١) .

(١) ابن عابدین ج ٤ ص ٣٣٠ ، ٣٣١

مادة (٢٥٥) :

« إذا أجاز المستحق الصرف قبل فسخ الحاكم العقد جاز العقد إذا كان مجلس العقد قائماً ، وكان الثمن للمستحق يأخذه البائع من المشتري ، ويسلمه له . »

المذكرة الإيضاحية

إذا أجاز المستحق الصرف قبل حكم الحاكم بفسخ العقد جاز العقد ، وكان الثمن للمستحق يأخذه البائع من المشتري ويسلمه للمستحق لأن البائع كان فضولياً في بيع ما استحققه المستحق وتوقف على إجازته قبل الفسخ فإذا أجاز نفذ العقد ، وكان الثمن له ، وهذا إذا لم يفترق البائع والمشتري من مجلس العقد قبل الإجازة ، حتى لو افترق العاقدان قبل إجازة المستحق بطل العقد ، وإن فارقه المستحق قبل الإجازة والمتعاقدان باقيان في المجلس صح العقد .

وتعتبر الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، فيصير هذا الفضولى بعد الإجازة كأنه كان وكيلاً بالبيع قبلها فإن حصل التقابض بينه وبين المشتري قبل الافتراق نفذ العقد بالإجازة اللاحقة ، وإن افترقا قبل التقابض لا ينفذ العقد بها لأنه لو كان وكيلاً حقيقة قبل العقد يفسد بالافتراق بلا قبض ، فكيف إذا صار وكيلاً بالإجازة اللاحقة

ثم إذا حصل التقابض قبل الافتراق والإجازة ثم إجازة نفذ العقد ، وإن افتراقاً بعد ، أما إذا أجاز قبل الافتراق والتقابض فلا بد من التقابض بعدها قبل الافتراق لفساد العقد بالافتراق بدون تقابض ، وإن أجاز قبله (١) .

مادة (٢٢٦) :

«إذا اشتملت الصفقة على أجناس مختلفة ، وكان في صرف الجنس إلى الجنس فساد المبادلة ، صرف كل جنس إلى خلاف جنسه تصحيحاً لها» .

المذكرة الإيضاحية

إذا باع الدرهمين والدينار بالدينارين والدرهم يصرف فيه كل جنس إلى غير جنسه تصحيحاً للعقد ، وكذلك يبيع الأحده عشر درهما بعشرة دراهم ودينار ، تجعل العشرة بمنزلها والدينار بدرهم تصحيحاً للعقد ، ويبيع الدرهم الصحيح والدرهمين الغلة ، بدرهمين صحيحين ودرهم غلة صحيح للتساوي في الوزن وسقوط اعتبار الجودة «والدرهم الغلة ما يرد به المال ويقبله التجار» وفيه خلاف زفر والأئمة الثلاثة (٢) .

(١) ابن غابدين من ٢٤٨ ، ٢٤٩ ج ٤ ، من ٣٣٠ ، ٣٣١ طبعة أخرى .

(٢) ابن هابدين من ٣٣١ ج ٤ ، ومجمع الأنهر من ١١٩ ج ٢ .

مادة (٢٢٧) :

إذا بيع النقد بالدين :

(أ) فإن كان الدين سابقاً وأضاف العقد إليه جاز البيع ووقعت المقاصة .

(ب) وإن كان مقارناً ولم يضاف العقد إليه فإن تقابضاً جاز ووقعت المقاصة ، وإن لم يتقابضاً لم تقع إلا بتراضيهما .

(ج) وإن كان الدين لاحقاً قبل الافتراق من المجلس . فإن كان سببه قرضاً أو غصباً وقعت المقاصة ، وإن كان سببه الشراء لم تقع إلا بتراضيهما .

المذكرة الإيضاحية

إذا بيع النقد بالدين فإما أن يكون الدين سابقاً أو مقارناً أو لاحقاً . فإن كان سابقاً وقد أضاف إليه العقد كما إذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بالعشرة الذي عليه فإنه يجوز بلا خلاف وسقطت العشرة عن ذمة من هو عليه ، لأنه

ملكها بدلا عن الدينار ، وغاية ما فيه أن هذا عقد صرف ، وفي الصرف يشترط قبض أحد العوضين احترازا عن الكالء بالكالء ، ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربا ، وذلك لأن يقبض أحد البديلين حصل الأمن عن خطر الهلاك ، فلو لم يقبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لأن الدين في معنى التآدى فيلزم الربا . وهذا معدوم فيما نحن فيه لأن الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن بائع الدينار ، حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك ، وحاصله أن تعيين أحد البديلين بعد قبض الآخر للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين يسقط وإنما هو في دين يقع الخطر في عاقبته .

وإن كان مقارنا بأن أطلق العقد ولم يضاف إلى العشرة التي عليه ودفع الدينار فإما أن يتقابضا أولا ، فإن لم يتقابضا لم تقع المقاصة ما لم يتقاصا بالإجماع ، وإن تقابضا جاز وقعت المقاصة استحساناً ، والقياس ينفيه ، وبه قال زفر رحمه الله لأنه استبدل بيدل الصرف وهو لا يجوز .

وإن كان لاحقاً قبل الافتراق بأن اشترى ديناراً بعشرة دراهم وقبض الدينار ، ثم ان اشترى الدينار باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصا ففيه روايتان . تقع المقاصة وقيل لا تقع (١) .

(١) فتح القدير « العناية » ص ٣٧٩ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ ج ٥ .

مادة (٢٢٨) :

» يعتبر في حكم الذهب والفضة ماغلب ذهبه وفضته ولا يعتبر في حكمها ماغلب غشه أوساوى غشه فضته وذهبه .

المذكرة الإيضاحية

إذا خلط الذهب والفضة بمادة أخرى فإما أن يكون الغالب هو الذهب والفضة أو أن يكون الغالب هو المادة المخلوطة أو يتساويان .

وتفصيل ذلك كما يلي :

(١) ما غاب فيه الذهب والفضة : الأصل أن النقود لا تخلو عن قليل الغش خلقة كما في الرديء ، أو عادة كأن يضاف إليها بعض المواد اللازمة للانطباع أو الصياغة حتى لا تنفتت ، فإذا كان كذلك فإنه يعتبر الحكم للغالب لأن المغلوب كالمستهلك فإذا كان الغالب على الدراهم والدنانير الفضة والذهب فهما كالذهب الخالص والفضة الخالصة يعتبر فيهما ما يعتبر في غير المخلوط ، فيحرم للتفاضل ، فلا يجوز بيع الخالص منهما بهذه الدراهم المخلوطة ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها إلا متساويا في الوزن (١) .

(١) ابن عابدين ص ٢٣٢ ، ٣٣٣ ج ٤

(ب) ما غلب فيه الغش : وإذا كان الغالب في النقود الغش فليس في حكم الدراهم والدينار الخالصة اعتبارا للغالب ، فإن اشترى بها فضة خالصة فإن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المنقوشة أو أقل أو لا يدري فالبيع فاسد ، وإن كانت أكثر صح البيع : وحكمها في هذا ما سبق أن نصت عليه المادة الخامسة : وإن بيعت بجنسها متفاضلا جاز ، صرفا للجنس إلى خلاف الجنس ، وهي في حكم شيئين فضة ونحاس ولكنه صرف حتى يشترط التفاضل قبل الافتراق في المجلس لوجود الفضة من الجانبين ، وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في النحاس لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر .

(ج) المتساوي غشه وقضه وذهبه : يعتبر حكمه في الصرف حكم ما غلب غشه فضته وذهبه . أى أنه إذا بيعت بجنسها يصرف الجنس إلى خلاف جنسه ، فيجوز التفاضل : ولكن قال الزيلعي وفي الحاشية إن كانت نصفها نحاساً ونصفها فضة لا يجوز التفاضل ، ووجهه أن فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كأنها كلها فضة في حق الصرف احتياطاً (١) .

مادة (٢٢٩) :

«المعتبر في التعامل بالنقود التي غلب غشها من حيث كونها موزونة أو معدودة ما اعتاده الناس .

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ٢٢٢ ، ٢٢٣

المذكرة الإيضاحية

إن كانت الدراهم التي غلب غشها تروج بلوزن كان التبايع والامتقراض فيها بالوزن، وإن كانت تروج بالعمد كان التبايع بالعمد بهما فبشكل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فهما حيث لا يوجد نص. (١)



مادة (٢٣٠):

«النقود التي غلب غشها إن راجت كانت أثماناً، وإن لم ترج كانت سلعة، وإن قبلها البعض دون البعض كانت كالزبوف يتعلق العقد بجنسها زيفاً إن علم البائع بحالها وإن لم يعلم فبجنسها جيداً»

المذكرة الإيضاحية

النقود التي غلب غشها ما دامت تروج تكون أثماناً لا تتمين بالتمين فإذا هلك قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله أو مثلهما، وإن كانت لا تروج فهي سلعة تتمين بالتمين ويبطل العقد

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٢٥١

بإلّا كما قبل التسليم وإذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ، ان كان البائع يعلم بحالها لتحقيق الرضى منه ، وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضى منه . (١)

القرض

مادة (٢٣١) :

- (أ) القرض عقد يرد على دفع مال مثلى لآخر ليرد مثله .
(ب) يتعقد بلفظ القرض وما يفيد معناه .

المذكرة الإيضاحية

- القرض لغة : ما تعطيه لتتقاضاه .
وشرعا : ما تعطيه من مثلى لتتقاضاه .
والتعريف المختار في المادة مأخوذ من تعريف « التنوير » .
والمثلى : مالا تفاوتت آحاده تفاوتاً يختلف به للقيمة ، فهو كل

(١) ابن عابدين ج : ص ٢٥١

ما يضمن بالمثل عند الاستهلاك مثل المكبل والموزون والمعدود .
المتقارب كالجوز والبيض وهو « قيد » خرج به « القيمي »
والثقييد به « لآخر ليرد مثله » ليخرج به الوديعة والهبة ونحوهما
كالعارية والصدقة ، لأنه يجب رد عين الوديعة والعارية ، ولا يجب
رد شيء في الهبة والصدقة .

فالقرض يصح في المثل ، لا في غيره . من القيميات كحيوان ،
وحطب ، وعقار ، وكل متفاوت ، لتعذر رد المثل ، لأن القرض
إعارة ابتداء حتى صح بلفظها معاوضة انتهاء ، لأنه لا يمكن الانتفاع
به إلا باستهلاك عينه ، فيستلزم إيجاب المثل في الذمة ، وهذا لا يتأتى
في غير المثل .

قال في البحر : ولا يجوز في غير المثل ، لأنه لا يجب دينا
في الذمة .

وينعقد بلفظ القرض وما يفيد معناه كالدين ، وكقوله : أعطني
دورها لأرد عليك مثله ، وفي الهداية أنه يصح بلفظ الإعارة (١) .

مادة (٢٣٢) :

يملك المستقرض القرض بمجرد القبض .

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

المذكرة الإيضاحية

يملك المستقرض القرض بنفس القبض عند أبي حنيفة ومحمد ، فله رد المثل ، فلو استقرض أردب قمح مثلاً وقبضه ، فله حبسه ورد مثله ، وإن طلب المقرض رد العين ، لأنه خرج عن ملك المقرض ، وثبت له في ذمة المستقرض مثله لأعينه ولو كان قائماً ، وذلك بناء على انعقاده بلفظ القرض .

وعند أبي يوسف لا يملك المستقرض القرض مادام قائماً . وإنما يملكه إذا استهلكه (١) .

مادة (٢٣٣) :

إذا اقترن القرض بشرط يلغو الشرط ، وصح القرض ،
ولزم المقرض رد مثل ما قبضه .

المذكرة الإيضاحية

القرض لا يتعلق بالجائز من الشروط ، فالفاسد منها لا يبطله

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٨١ .

ولكنه يلغو كشرط رد شيء آخر ، فلو استقرض « مثلاً .. الدرهم المكسورة على أن يؤدي صحيحاً كان باطلاً ، وكذا لو أقرضه طعاماً بشرط رده في مكان آخر ، وكان عليه مثل ما قبض ، فإن قضاء أجود بلا شرط جاز .

وفي الخلاصة : القرض بالشرط حرام والشرط لغو ، بأن يقرض على أن يكتب به إلى بلد كذا ليوفي دينه .

وفي الأشباه : كل قرض جر نفعا حرام . أى إذا كان مشروطاً .

وفي الذخيرة : وإن لم يكن النفع مشروطاً في القرض فعلى قول الكرخي لا بأس به (١) .

مادة (٢٣٤) :

« لا يلزم تأجيل القرض إن اشترط ذلك في العقد ، وللمقرض استرداده قبل حلول الأجل .

المذكرة الإيضاحية

قال في الهداية : فإن تأجيله لا يصح لأنه إعارة وصلة في الابتداء ،

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٢ .

حتى يصح بلفظ الإجارة ولا يملك من لا يملك التبرع كالوصى والوصي،
ومعاوضة في الانتهاء .

فعلى اعتبار الابتداء ، لا يلزم التأجيل فيه كما في الإجارة ، إذ لا جبر
في التبرع .

وعلى اعتبار الانتهاء ، لا يصح ، لأنه يصير يبيع الدرامم بالدرام
نسيئة وهو ربا ولا يلزم تأجيل القرض إلا في أربع مسائل :

(أ) إذا كان القرض مجحوداً مثل أن يقول المستقرض للمقرض
سراً : لا أقر لك حتى تؤجله أو حكم ماله على بلزومه بعد ثبوت أصل
الدين عنده ، فإنه عنده لازم ، وقيد به لأن الأرجح أن حكم الحنفى بخلاف
مذهبه لا ينفذ ، وقيد بكونه بعد ثبوت أصل الدين عنده ، لأنه لو لم يكن
ثابتاً لا يصح حكمه بلزوم تأجيله ، ولأن المجحود لا يتوقف تأجيله
على حكم ماله .

(ب) إذا أحال المستقرض المقرض على آخر فيؤجل المقرض ذلك
الرجل المحال عليه فيلزم .

(ح) إذا أحال المستقرض المقرض على مديون مؤجل دينه ، لأن
بالحوالة تبرأ ذمة المحيل ، ويثبت بها للمحال (المقرض) دين على المحال
عليه بحكم الحوالة ، فهو في الحقيقة تأجيل دين لا قرض .

(د) الوصية . . كأن يوصى بأن يقرض شخصاً من ماله قدرأ
من المال الى سنة ، فيلزم من ثلثه ، ويساع فيها نظراً للعوصى ، أو أوصى
بتأجيل قرضه الذي على فلان سنة فيصح ويلزم .

والحاصل أن تأجيل الدين على ثلاثة أوجه :

١ — باطل : في بدلي صرف وسلم .

٢ — صحيح غير لازم : في قرض وإقالة وشفيع ودين ميت .

٣ — لازم : فيما عدا ذلك ^(١) .

مادة (٢٣٥) :

إذا كان القرض نقوداً ثم بطل التعامل بها ، أو اختلف
سعرها ، فعلى المقرض قيمتها يوم قبضها في بلد القرض .

المذكرة الإيضاحية

إذا استقرض من الفلوس الرأبحة والعدلى فكسدت .

قال أبو حنيفة : عليه مثلها لاقيمتها ، لأنه مضمون بمثله فلا عبرة
بغلائه ورخصه .

وقال أبو يوسف : عليه قيمتها يوم القبض (وهو المنصوص عليه
في المادة) .

وقال محمد : عليه قيمتها في آخر يوم رواجها .

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ١٧٧ ، ١٧٨ .

فالمساحبان اتفقا على وجوب رد القيمة دون المثل ، لأنه لما بطل وصف الثنية بالكساد ، تعذر رد عنها كما قبضها فيجب رد قيمتها .
 لكنهما اختلفا في وقت الضمان ، قال في صرف الفتح : وأصله اختلافهما فيمن غصب مثلياً فانتقطع ، فعند أبي يوسف تجب قيمته يوم الفحص ، وعند محمد يوم القضاء .

وقولهما أنظر المقرض من قول الإمام ، لأن في رد المثل إضراراً به ثم قول أبي يوسف أنظر له أيضاً ، لأن قيمته يوم القرض أكثر من يوم الانقطاع وهو أيسر أيضاً ، فإن ضبط وقت الانقطاع عسر^(١) .

مادة (٢٣٦) :

إذا انتقطع المثلي يجبر المقرض على انتظار تواجده ، إلا إذا تراضيا على القيمة .

المذكرة الإيضاحية

إذا استقرض شيئاً مما هو كيلي أو وزني ثم انتقطع عن أيدي الناس قبل أن يرده إلى المقرض .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٠ .

فعند أبي حنيفة : يجبر المقرض على التأخير إلى إدراك اللبديد ،
ليصل إلى عين حقه لأن الانقطاع بمنزلة الهلاك ، ومن مذهبه أن الحق
لا ينقطع عن العين بالهلاك .

وقال أبو يوسف : هذا لا يشبه كساد الفلوس ، لأن هذا مما
يوجد فيجبر المقرض على التأخير .

إلا أن يتراضيا على القيمة لعدم وجوده . وهذا في الوجه كما
لو التفتيا في بلد الطعام فيه غال فليس له حبسه ، ويوثق له بكفيل حتى
يمطيه إياه في بلده (١) .



المادة (٢٣٧) :

إذا أقرض صبيّاً محجوراً عليه أو أقرض معنوفاً شيئاً
فاستهلكه فعليه ضمانه .

المذكرة الإيضاحية .

إذا أقرض صبيّاً محجوراً عليه ، فاستهلك الصبي ما أقرضه .

فعند أبي حنيفة ومحمد لا يضمن .

(١) ابن تالدين ج ٤ ص ١٨١ .

وقال أبو يوسف عليه الضمان وهو الصحيح .

وقيد « بالمحجور » لأنه لو كان مأذوناً فهو كالبالغ ، وقيد
« بالاستهلاك » لأنه لو بقيت العين ، فللمالك أن يسترده ، ولو تلف
بنفسه لا يضمن اتفاقاً (جامع الفصولين) ويأخذ البيوع والوديعة
حكم الاستهلاك .

وحكم المعنوه في هذا حكم الصبي المحجور عليه (١) .

مادة (٢٣٨) :

« يصح التوكيل بقبض القرض دون الاستقراض ،
وتصح الرسالة فيهما .

المذكرة الإيضاحية

في جامع الفصولين : بحث رجلا ليستقرضه ، فأقرضه ، فضاع
في يده ، فلو قال : أقرض المرسل ضمن مرسله ، ولو قال : أقرضني
للمرسل ضمن رسوله .

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٢ .

والحاصل : أن التوكيل بالإقراض جائز لا بالاستقراض ، والرسالة
بالاستقراض تجوز .

ولو أخرج وكيل الاستقراض كلامه مخرج الرسالة يقع القرض
للأمر ، ولو مخرج الوكالة ، بأن أضاف إلى نفسه ، يقع للوكيل ، وله
منعه عن أمره .

وقالوا : إنما لم يصح التوكيل بالاستقراض ، لأنه توكيل بالنكدي
(بالشحاذة) وهو لا يصح (١) .

مادة (٢٣٩) :

يصح استقراض الممدود أو الموزون أو المكبل حسب
ما جرى به العرف عداً أو وزناً أو كيلاً .

المذكرة الإيضاحية

البيض والجوز والكاغد يصح استقراضه عداً ، واللحم وزناً .
ويستقرض الخبز وزناً وعدداً عند محمد ، وعليه الفتوى (ابن مالك)
واستحسنه الكمال ، واختاره المصنف تيسيراً للناس ، وفي التتارخانية ،

(١) ابن هابدين ج ٤ ص ١٨٣

قال أبو حنيفة : لا يجوز قرضه ولا استقراضه لاعدداً ولا وزناً
وفي رواية عن أبي يوسف مثله ، وقوله المعروف : أنه لا بأس به ،
وعليه أفعال الناس جارية ، والفتوى على قول محمد . اهـ

ونقل في الهندية عن الحائنة والظهيرية والكافي : أن الفتوى
على جواز استقراضه وزناً لاعدداً ، وهو قول أبي يوسف .

ويستقرض العجيين وزناً وهو المختار (مختار الفتاوى) واحترز
بالوزن عن المجازفة فلا يجوز (بحر . ط)

وينبغي جواز الاستقراض في الحميرة بلا وزن . سئل رسول الله
صلى الله عليه وسلم ، عن خمية يتعاطاها الجيران ، أيكون ربا ؟
فقال ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وما رآه المسلمون
قيحاً ، فهو عند الله قبيح (١) .

تصويب خطأ مشروع تقنين المذهب الحنفي

الصفحة	السطر	الخطأ	الاصواب
١٧	٢٠	مذم	مذا
١٨	١	عامل	عام
٤٧	٩	المن	الثن
٥١	٢	المواد	المراد
٥٥	١٠	الباقى	إلناق
٦٧	١٥	للخوار	للجوار
٦٩	١٥	بىء	بشء
٧٣	١٠	المتلى	المتلى
٨١	١٦	للتنى	اللتنى
١٠٠	١٠	الاحازة	لإجاره
١٠٢	١١	موزونا	موزونا
١٠٣	١	منسا	ثمننا
١٠٣	٤	زرعه	ذروه
١٠٤	١٢	ما يلنحق بأصل بالمقد	ما يلنحق بأصل بالمقد
١٠٥	١٦	القد	المقد
١١٢	١٨	الثمان	الثمان
١١٣	١٤	غضب	غضب
١١٦	٦	للاشترى	المشترى
١١٨	٣	البائع	البائع
١١٨	٦	إذا جاز	إذا أجاز
١٣٣	٦	الفين	الفين
١٦٤	٣	فلاشترى	فلاشترى
١٦٥	٣	مرجع	يرجع
١٦٥	٩	فركهها	فركهها
١٦٦	٥	بالقة	بالقه

المصروف	الخطأ	السطر	الصفحة
وحده	وحدة	١٤	١٦٦
وجد	وجدوا	١	١٦٩
فأذا تم	فإذا تم	١٢	١٧٠
بحال	بر ل	٩	١٧١
بعشريه	مشرية	١١	١٧٣
اشترأ	اشترأ	١٠	١٧٤
النتاج لداية مثلا	النتاج لحد لداية به مثلا	٧	١٧٦
بيع	ربيع	٨	١٧٦
لغن	لغنا	١	١٨٢
يكون مالا	يكون مال	٨	١٩٠
مماطلا	مماطلا	١١	١٩١
السماحي	السماحي	١	٢٠٣
قبضه	قبضه	٧	٢١٦
الفصولين	القضولين	٦	٢١٩
لم يحجز	لم يحجز	٢٥	٢٢٥
ولأن لم يعلمه	ولأن يعلمه	٩	٢٣٤
والدر المختار	ولدر المختار	١٤	٢٣٨
	حاشية		
الغرماء	المزباء	٢	٢٤٠
المنقول	المنف ل	٢	٢٤٧
للجزء	للجزء	١٢	٢٥٤
فيما	بما	٥	٢٥٧
تقابل	تقابل	٦	٢٥٧
المغبون	المغبون	٢	٢٦٨
الاحترار	الاحترار	٢	٢٧٠
الملح	المنع	٧	٢٧١
حسن	حسنا	٧	٢٧٤
الهلاك	الهلال	٤	٣٠٦

فهرس

مشروع تقنين المذهب الحنفي

الصفحة

الموضوع

٥	مقدمة الأمانة العامة للمجمع
	مشروع تقنين أحكام المعاملات على مذهب الإمام الأعظم
١٦	أبي حنيفة (رضى الله عنه)
١٧	مقدمة اللجنة التي أعدت المشروع
١٩	أعضاء اللجان الذين اشتركوا في إعداد مشروع التقنين
٢١	المراجع التي اعتمدت عليها اللجنة
٢٣	القواعد العامة
٣٥	الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالبيع
٣٩	باب البيع : تعريفه
٤٠	ركن البيع
٤٩	شروط انعقاد البيع
٥٢	البيع النافذ
٥٥	البيع اللازم
٥٦	حكم البيع
٥٧	بيع المكره
٥٩	بيع المأزل
٦٠	التمن

٦٨	بيع الجزاف
٧٠	بيع المثل والقيمي
٧٥	ما يدخل في البيع تبعاً وما لا يدخل
٧٩	حقوق المبيع
٨٠	بيع الثمر مقصوداً
٨٢	الاستثناء من العقد
٨٣	مؤنة تسليم المبيع والتمن
٨٤	أجر الدلالة
٨٥	كيفية التسليم والتسلم
٨٧	حبس المبيع لاستيفاء الثمن
٨٩	إفلاس المشتري وموته قبل دفع الثمن
٩٠	هلاك المبيع
٩٣	بيع التلجئة
٩٥	بيع الوفاء
٩٩	التصرف في المبيع والتمن قبل القبض
١٠٤	ما يلتحق بأصل العقد
١٠٩	الاستحقاق
١١٦	فصل في الخيارات
١١٦	خيار الشرط

الصفحة	الموضوع
١٣٢	خيار التعيين
١٣٦	خيارات فوات الوصف
١٣٨	خيار الرؤية
١٥٠	خيار العيب
١٧٥	البيع الباطل
١٩٠	البيع الفاسد
٢١١	حكم البيع الفاسد
٢١٩	البيع المكروه
٢٢٤	البيع الموقوف
٢٤١	الإقالة
٢٥٩	المراجعة والتولية
٢٦٩	باب الربا
٢٦٨	باب السلم
٢٩٠	الاستصناع
٢٩٥	باب الصرف
٣١٠	القرض

مطابع
الشركة المصرية للطباعة والنشر
بالقاهرة

رقم الايداع بدار الكتب ١٩٧٢/٣٦٧٢

مطابع
الشركة المصرية للطباعة والنشر
بالقاهرة

